



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA E A
TEORIA *ACTIO NATA*

Jéssica Andriola Vasconcelos

Rio de Janeiro
2023

JÉSSICA ANDRIOLA VASCONCELOS

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA E A
TEORIA *ACTIO NATA*

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^ª. Elisa Ramos Pittaro Neves

Coorientadora:

Prof^ª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2023

JÉSSICA ANDRIOLA VASCONCELOS

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA E A
TEORIA DA *ACTIO NATA*

Aprovada em ____ de _____ de 2023. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. José Maria de Castro Panoeiro – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Elisa Ramos Pittaro Neves - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A)

A Deus, por me permitir sonhar. Aos meus pais pelo apoio constante.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como estudante, concurseira, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta escola, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

À minha orientadora Elisa Pittaro, é com muita admiração e carinho que gostaria de expressar meu agradecimento por tudo que você faz por mim e pela dedicação que deposita em suas aulas.

“As pessoas podem fazer seus planos,
porém é o Senhor Deus quem dá a
última palavra”.

SÍNTESE

Nas lições do artigo 112, I do Código Penal, a prescrição da pretensão executória da pena começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, restando ainda possibilidade para a defesa agir. Conforme será abordado, de acordo com a doutrina romana, os fundamentos da prescrição são: o interesse público, a estabilização do direito, e o castigo à negligência. No presente trabalho, busca-se compreender se disposto no artigo 112, I do Código Penal viola a Teoria da *Actio Nata*, haja vista a prescrição da pretensão executória começar a correr sem ter cumprido os requisitos basilares do instituto, o qual permeia todo o direito vigente. O estudo será realizado através da compreensão da evolução legislativa penal, como os desdobramentos jurisprudenciais que levaram a questão ao presente debate.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Penal. Prescrição Executória. Teoria da *Actio Nata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA E SEU TERMO INICIAL.....	11
1.1. Origem Histórica.....	12
1.2. Natureza jurídica e alocação.....	15
1.3. Fundamentos.....	16
1.4. Justificativas para o instituto da prescrição.....	18
1.5. Imprescritibilidade.....	21
1.6. Formas de extinção da punibilidade.....	24
1.7. Espécies de prescrição.....	25
2. TEORIA ACTIO NATA.....	34
2.1. Fundamentos da Teoria da actio nata e sua origem no direito brasileiro.....	36
2.2. Teoria da actio nata nos atos de improbidade administrativa.....	40
2.3. Princípio da actio nata e a prescrição penal.....	42
3. A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA ACTIO NATA NA PRESCRIÇÃO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	52
3.1. A redação do Código Penal.....	53
3.2. Questões controversas.....	57
3.3. Expectativas futuras quanto ao tema.....	70
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

De acordo com a redação disposta no artigo 112, I do Código Penal, a prescrição da pretensão executória da pena começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, restando ainda possibilidade para a defesa agir. No entanto, de acordo com a doutrina romana, na qual se inspirou o direito brasileiro, os fundamentos da prescrição são: o interesse público, a estabilização do direito, e o castigo à negligência, entrando em conflito com o que dispõe a redação legal mencionada.

Desta forma, o presente trabalho, busca compreender se o disposto no art. 112, I, do Código Penal viola a Teoria *Actio Nata*, haja vista a prescrição da pretensão executória começar a correr sem ter cumprido os requisitos basilares do instituto o qual é referência para a aplicação da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do exposto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o termo inicial da prescrição da pretensão executória da pena de modo a observar a maneira que esta é aplicada, bem como os objetivos e fundamentos do legislador ao prever tal modelo de prescrição para o Direito Penal. Devido ao alto índice de criminalidade no Brasil, o tema assume uma especial importância, pois está diretamente ligado ao lapso temporal da possibilidade de punir Estatal.

Pelo fato da prescrição no ordenamento jurídico como um todo, ser orientada pela Teoria *Actio Nata*, segue-se o segundo capítulo, avaliando seus pressupostos e requisitos de aplicação, buscando compreender a origem da prescrição no direito brasileiro, seus princípios basilares e consequentemente suas implicações.

Nesta segunda etapa do trabalho, analisa-se a Teoria *Actio Nata* e sua serventia para o direito no sentido lato. É abordado o nível de sua valia para o cognição do verdadeiro significado da palavra “prescrição” e como esse instituto é utilizado em todas as demais áreas do direito.

Por fim, no terceiro e último capítulo, devido ao fato dos fundamentos da *Actio Nata* colidirem com a previsão legal do artigo 112, I, do código penal, aborda-se a aplicação ou não dos fundamentos desta Teoria no direito penal, a qual gerou controvérsia nos Tribunais Superiores capaz de implicar em tema de Repercussão Geral que pende para julgamento.

Logo, com base nos fundamentos jurídicos prescrição penal, nos princípios e requisitos da Teoria da *Actio Nata*, o terceiro capítulo volta-se à análise da possibilidade de sua aplicação para a contagem do termo inicial da prescrição da pretensão executória da pena como também, o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Para isso, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA E SEU TERMO INICIAL

O Estado é quem detém a titularidade do direito de punir, isso significa que é somente ele quem pode aplicar a pena ou a medida de segurança ao autor do cometimento de uma infração penal. É um direito que possui uma natureza abstrata pois pode ser exercido sobre qualquer pessoa que incorra em uma conduta tipificada como crime ou infração.

Ao cometer a infração penal, concretiza-se o direito de punir *-ius puniendi-* a partir deste momento o Estado passa a deter o poder e o dever de punir aquele responsável pela prática do fato previsto como típico e ilícito na legislação penal. Tal pretensão punitiva que, como dito anteriormente, pode recair sobre qualquer indivíduo possui uma limitação.

Além das barreiras de direitos materiais e processuais, tais como as condições de procedibilidade da ação, a necessidade de obediência do devido processo legal, o direito de punir também enfrenta obstáculos temporais, entre os quais está a prescrição. Para o Estado exercer o seu personalíssimo direito de aplicar uma sanção, é preciso que se atente às disposições legais de direito material, às regras procedimentais de direito processual, mas também ao limite temporal imposto pelo legislador.

Esse limite temporal chamado de prescrição é de suma importância, pois impede que o direito de punir se arraste de maneira eterna. Sendo assim, deve o Estado executar tal sanção de acordo com os limites legais previstos nos textos legais, e caso não o exerça dentro deste lapso, sua inércia implicará na impossibilidade de aplicação da sanção.

Tal inércia possui diversos marcos temporais durante o processo. Pode-se dizer que, desde o cometimento da infração penal haverá vários momentos em que o tempo irá correr em desfavor do Estado, mas sempre como o mesmo objetivo, puni-lo com a perda do direito de aplicar a sanção penal. Em suma, existem duas espécies de contagem deste tempo: o intervalo entre o cometimento do delito e a aplicação da pena, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva, e o intervalo entre a sentença que define o quantum de pena e a execução desta em desfavor do acusado, que se chama prescrição da pretensão executória.¹

¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 797.

1.1 Origem Histórica

O termo “prescrição” origina-se do termo latino *praescriptio* que deriva do verbo prescrever, que significa um escrito posto antes. Apesar de já ser conhecido pelo Direito Grego, apenas se tem informações da palavra em termos legais no Direito Romano, o mais antigo texto legal, a chamada *Lex Julia de Adulteris* (lei do adultério), de 18^aC.No Direito Romano, os crimes e maior potencial ofensivo eram todos considerados como imprescritíveis, até porque neste contexto, a prescrição estava relacionada à ideia de perdão e não uma sanção para o Estado devido à sua inércia.

A prescrição da condenação em si, surgiu na França, mais especificamente no Código penal de 1791, por influência da Revolução Francesa. Apesar de que ser reconhecida a sua existência na França desde 1642, por conta do Decreto do Parlamento de Paris, e da existência de decisões judiciais aplicando o instituto, o código francês de 1791 acabou convertendo em lei a jurisprudência já existente naquele período.

Posteriormente, em meados dos séculos XVI e XVII, o instituto também foi reconhecido nas legislações da Itália e da Alemanha. De maneira genérica, pode-se afirmar que a prescrição nos Códigos Penais modernos é prevista quase de maneira unânime, porém ainda hoje, algumas legislações como a inglesa, não fazem isso do instituto.

O direito brasileiro, levando em consideração que o país sofreu demasiadas influências portuguesas, acolheu o ordenamento jurídico que vigorava nas terras lusitanas, ou seja, as Ordenações Filipinas. Estas não previam o instituto da prescrição dentre o seu rol de garantias, o que é um tanto plausível, haja vista o caráter severo que aquela legislação buscava imprimir no território brasileiro.

Pode-se afirmar então, que, em que pese não ser o primeiro texto legal a vigorar no Brasil, a primeira notícia sobre a prescrição registrada no território brasileiro foi a do Código Criminal do Império do Brasil de 1830, que apresentava o artigo 65 com a seguinte redação: “as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”.²

No entanto, especificamente em relação a ação, a prescrição teve como primeira previsão legal somente no Código Criminal de 1832, o qual também previu a fiança e a presença do réu no local do crime como critério determinante para aplicação ou não do instituto. No artigo 55 do

² MOSSIN, Heráclito Antônio. *Prescrição em Matéria Criminal*. 2. ed. São Paulo: JHMizuno, 2015, p. 15.

referido texto legal, constava a previsão de não haver decurso temporal contra o Estado nos casos em que o réu se encontrasse ausente, em lugar não sabido ou no estrangeiro.³

Diante do exposto, é imprescindível mencionar que tal dispositivo se traz consigo uma característica marcante da Escola Clássica da Criminologia, que de acordo com os ensinamentos de Beccaria⁴, depreende-se a passagem a seguir:

Quando se trata desses crimes atrozes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga. Não é esse, todavia o caso dos delitos ignorados e pouco consideráveis: é mister fixar um tempo após o qual o acusado, bastante punido pelo exílio voluntário, possa reaparecer sem recear novos castigos.

Ainda de acordo com o dispositivo, nos casos de crimes afiançáveis, o prazo transcorria normalmente se o réu estivesse em lugar sabido. Porém, no artigo 56, que tratava dos crimes inafiançáveis, se o réu fosse considerado ausente, estando em local conhecido ou não, o lapso prescricional não corria. Por outro lado, exigia-se a presença ininterrupta do réu no local do processo, prescrevendo então os crimes inafiançáveis em 10 anos e os afiançáveis em 06 anos.

Com o advento da Lei nº 261, de 03.12.1841, e com a entrada em vigor do Regulamento 120 de 31.01.1842, a legislação de 1832 que tratava do assunto foi abrandada, reduzindo as hipóteses em que o prazo prescricional não fluía.

Posteriormente, ocorreram diversas modificações relevantes na legislação penal brasileira.

Com a elaboração do Decreto 774 de 20/11/1890, a pena máxima do delito foi adotada como critério de cálculo de prazos prescricionais. Além disso, a legislação passou a desconsiderar a presença ou ausência do réu como fator relevante para a influência do prazo prescricional, salvo se estivesse no estrangeiro, o que ainda impedia o decurso do prazo.

O legislador estabeleceu, como marco inicial da prescrição da condenação, o trânsito em julgado da sentença condenatória, e que o prazo prescricional fosse reiniciado quando a execução da pena fosse interrompida por qualquer motivo⁵.

³ BRASIL. *Código Penal do Império*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 74-75.

⁵ MOSSIN, *op. cit.*, p. 24.

Com o passar do tempo foram introduzidas outras modalidades de prescrição na legislação nacional, como a prescrição intercorrente. Em data mais recente, em 1984, surgiu a prescrição retroativa, que permitia originalmente, a contagem do prazo prescricional da pena em concreto em período anterior ao oferecimento da denúncia, o que deixou de ocorrer a partir 2009.

Atualmente, a prescrição se apresenta dividida em dois blocos: a Prescrição da Pretensão Punitiva e a Prescrição da Pretensão executória.

O reconhecimento de uma ou outra modalidade de prescrição, apesar de estarem relacionadas a inércia ou morosidade estatal na sua atividade persecutória, geram efeitos distintos para o condenado, tais como a reincidência e demais efeitos da condenação. A prescrição da pretensão punitiva, por exemplo, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime.

É importante frisar que pelo fato da prescrição se tratar de matéria de ordem pública, esta deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e caso reconhecida em qualquer fase do processo, ou seja, mesmo após o trânsito em julgado, por meio de uma revisão criminal por exemplo, torna prejudicada a questão de fundo.

Assim, a pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a situação a um quadro similar ao da anistia. É mais que a absolvição, pois não há mais que se falar em acusação. Esvazia toda a consistência que, até aquele momento processual corroborava para a continuidade do processo penal.

Sob o aspecto constitucional, deve-se ponderar que se por um lado é função do direito penal tutelar os bens jurídicos mais relevantes, por outro lado há a garantia da duração razoável do processo, o que coloca em rota de colisão a efetiva proteção destes bens e a atuação estatal dentro de um limite de tempo balizado pelas regras que determinam a prescrição. Desta forma, a Constituição garante e atribui confiabilidade à jurisdição, e esta retribui protegendo e buscando a higidez do sistema jurídico.

Portanto, em que pese toda evolução histórica do Direito Penal e Processual brasileiro, a Constituição Federal ao consagrar em dentre o rol de direitos e garantias fundamentais a previsão legal da duração razoável do processo, previu, mesmo que de maneira indireta que o Estado não tem o poder-dever de exercer o poder de punir por tempo indeterminado um indivíduo. Esse

reconhecimento subjetivo de justa duração do processo, além de permitir que o acusado não sofra pela morosidade estatal também proporciona segurança jurídica àquele⁶.

1.2 Natureza jurídica e alocação

A prescrição é causa de extinção da punibilidade, prevista no artigo 107, IV⁷ do Código Penal. De acordo com os penalistas em geral, trata-se de instituto atrelado ao direito material, apesar de eventualmente gerar reflexos na esfera processual. A infração penal cometida não sofre abalos quanto à sua tipicidade e ilicitude, mas tão somente quanto à sua punibilidade. Ou seja, como dito anteriormente, ocorrendo a prescrição o Estado perde apenas o seu direito de punir, e isso não significa que o acusado não tenha incorrido nas penas previstas, tão menos que praticou um crime amparado pelas causas excludentes de ilicitude.

Em que pese trazer diversos efeitos para o direito processual penal, a prescrição como já dito anteriormente, é entendida como um instituto de Direito Material Penal, e por isso, a contagem do seu prazo se dá conforme o previsto no artigo 10 do Código Penal⁸, ou seja, inclui-se o dia do começo e exclui-se o dia do final, contando-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum ou gregoriano. Ao fazer uma análise crítica sobre esta forma de contagem, é possível concluir que ao incluir o dia do começo, diferentemente do que é estabelecido nos prazos processuais penais, é uma vantagem para o acusado, pois a prescrição começará a correr mais rápido contra o Estado.

Ainda sob a mesma ótica de benefício desse direito material ao réu, os prazos prescricionais são improrrogáveis, não se suspendem em finais de semana, feriados ou férias. Trata-se de matéria de ordem pública, e isso significa que pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, em qualquer tempo processual, qualquer grau de jurisdição ou mediante requerimento das partes, é o que estabelece a redação do artigo 61 do mencionado Código.

É indispensável mencionar, que o instituto da prescrição constitui matéria preliminar, isto quer dizer que ao ser verificada impedirá que o magistrado faça a análise do mérito da ação penal, seja pelo juízo natural ou em grau recursal. A justificativa dessa afirmação se dá pelo fato de que ao considerar uma infração penal prescrita, não há mais que se falar na possibilidade de punir e

⁶ BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁷ BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁸ *Ibid.*

desta forma não restam motivos para dar início a ação penal ou a execução da pena, se ao final não restará nenhuma possibilidade de agir estatal. Configurada a prescrição, deve ser declarada extinta a punibilidade.⁹

Para Franz Von Liszt¹⁰, a prescrição é circunstância extintiva da pena, que faz desaparecer o direito de punir do Estado, e por fazer prescrever esse o direito, e não ação, ela pertence não ao direito processual, mas sim ao direito material.

Damásio E. de Jesus também considera a prescrição como matéria de direito penal material. De acordo com os escritos do autor, o impedimento à persecução penal que dele decorre enseja em um simples efeito de natureza processual, como se dá nas outras causas de extinção da punibilidade. Logo, não se trata de o Estado perder o direito de ação, a prescrição na verdade atinge de forma imediata o *jus puniendi*.¹¹

Em que pese grandes juristas entenderem a prescrição como matéria de direito penal, outros enxergam a prescrição da pretensão punitiva com um caráter híbrido; enquanto a prescrição da pretensão executória com um viés processual. Mezger¹², se considera adepto à essa corrente. O autor entende a prescrição da persecução penal um instituto jurídico-material e a prescrição da execução da pena como instituto de direito processual puro.

No ordenamento jurídico vigente no Brasil, como dito anteriormente, a prescrição, seja ela da pretensão punitiva ou da pretensão executória da pena, é prevista no Código Penal como causa de extinção da punibilidade, e, portanto, considerada como instituto de direito material, ainda que tenha consequências processuais.

1.3 Fundamentos

Entendida a prescrição como um instituto de direito material que, ao ser reconhecida impede o Estado de exercer seu direito exclusivo de punir um indivíduo, para que se possa compreender a razão da sua previsão legal bem como os motivos de sua essencialidade, é imperioso que se atente aos seus fundamentos legais.

⁹ MASSON, *op. cit.*, p. 799.

¹⁰ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 135.

¹¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 27. ed. rev. e. atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 718-719.

¹² MEZGER apud MACHADO, *op. cit.*, p.142.

A primeira e uma das mais importantes razões de um ordenamento jurídico prever o instituo da prescrição, é garantir a segurança jurídica àqueles responsáveis pela infração penal, e aos cidadãos em geral. Em que pese apenas o Estado ser titular do direito de punir, não seria justo nem razoável a imposição ou a execução de uma pena ou medida de segurança muito tempo depois da prática de um crime ou contravenção penal.

Não é difícil de se imaginar casos em que uma pessoa praticou um crime de ínfima gravidade ao completar a maioridade, e seria ilógico permitir que, aos 60 anos de idade, depois de adquirir amadurecimento, emprego, constituir família, o Estado viesse a exercer o seu direito de punir. Além de contrariar o bom-senso e as finalidades da pena, tal medida, se fosse possível, não surtiria efeito algum, pois na hipótese narrada, o suposto infrator seguiu os caminhos comuns da vida sem a necessidade de uma punição para conscientizá-lo. Na verdade, se o Estado exercesse tal punibilidade tanto tempo depois, só traria prejuízo; perda do emprego, afastamento da família e até mesmo o contato com pessoas que traçaram caminhos diferentes.¹³

Nas palavras de Bento de Faria¹⁴:

Decorrido certo lapso de tempo, desde a prática do crime, sem que se tenha instaurado procedimento contra o delinquente, e se instaurado, sem que se tenha prosseguido nesse procedimento, ou desde a sentença condenatória, sem que se tenha feito executar a pena, a memória do fato punível apagou-se e a necessidade do exemplo desaparece (...) E seria repugnante aos princípios de equidade e de justiça que ficasse perpetuamente suspensa sobre a cabeça do criminoso a ameaça do procedimento criminal.

Portanto, a segurança jurídica em matéria de prescrição penal atua de forma a convalidar o *status quo* da Sociedade, prevendo o limite temporal exato que o Estado possui para exercer o seu direito de punir ao dispor no texto legal os limites máximos da pena, bem como a forma que deve ser feita tal cálculo. Logo, além de garantir uma previsibilidade para o infrator, atua também limitando o direito de punir.

Um outro fundamento que está diretamente relacionado com a prescrição, é a luta contra a ineficiência do Estado. O Estado visto como aquele único capaz de exercer o poder punitivo contra alguém, é o responsável também pela análise, processo e julgamento das infrações penais, e por isso, possui o poder-dever de atuar com zelo e celeridade, obedecendo o princípio essencial dos entes públicos, a eficiência prevista no artigo 37 da Constituição.

¹³ *Ibid.*, p. 798.

¹⁴ FAARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, V. III, 1961, p. 197.

Sendo assim, com a previsão legal da prescrição, como decurso do tempo para o Estado punir o indivíduo, esta acaba incentivando que este exerça de maneira mais célere tal poder e atue de maneira mais eficaz afim de garantir o bem comum social.

É imprescindível mencionar que, o Direito penal intimida o agente não pelo nível de gravidade prevista no tipo penal, mas sim devido à certeza da sua aplicação. Em 1764, Cesare Beccaria já afirmava que quanto mais próxima do delito seja a aplicação da pena, tanto mais justa e útil será. É claro, que o maior freio aos delitos não é a crueldade da pena, mas sim sua infalibilidade, porque de certo é que o castigo ocorrerá, por mais moderado que seja, e assim fará sempre maior impressão do que o temor de outro mais terrível, junto com a esperança da impunidade. Em suas palavras:

É, pois de suma importância a proximidade do delito e da pena, se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da ideia associada à pena. A longa demora não produz outro efeito além de dissociar cada vez mais essas ideias; ainda que o castigo de um delito causa uma impressão, será menos a de um castigo que a de um espetáculo, e isso só acontecerá após ter-se atenuado nos espectadores o horror de um certo delito em particular, que serviria para reforçar o sentimento da pena.¹⁵

Desta forma, pode-se concluir que a prescrição face à legislação penal, tem como fundamento o decurso do tempo, o desinteresse estatal em apurar o fato ocorrido há um considerável tempo, ou punir seu autor; a correção do condenado em detrimento do lapso temporal sem reiteração criminosa e a negligência da autoridade, como castigo à sua inércia no exercício de sua função.¹⁶

1.4 Justificativas para o instituto da prescrição

A intenção do Estado em punir o agente delincente da norma penal é chamada de *jus puniendi estatal*. Esse poder de punir é um instrumento que o poder estatal possui de controle sobre a ordem social que tem como objetivo punir e corrigir aquele que atua de maneira típica e ilícita, ou seja, o indivíduo que foge dos padrões delineados pela norma jurídica.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 85.

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 193.

Conforme Beccaria, Bentham e Henckel, o fato de não aplicar a pena devido o simples decurso do tempo, significaria a consagração da impunidade, o que implicaria no encorajamento dos delinquentes a prática de reiterados crimes. Era visto como um instituto que colocava em xeque a segurança social e antijurídica.¹⁷

Do ponto de vista contratualista, é como se aqueles que compõe a sociedade, ao aderir o pacto social, como Cesare Beccaria – fizesse um depósito de parte de sua liberdade a fim de que o caos social cessasse, mediante esse acordo coletivo. Assim, se porventura, alguma dessas pessoas que “assinaram” esse “contrato” atuasse de maneira a afastá-lo, será considerado como um abuso de poder de fato que, rompeu tal pacto e por essa razão deverá ser punido por uma pena anteriormente “contratada” por ele mesmo.¹⁸

De acordo com o exposto, existem algumas teorias que buscam compreender a motivação, do instituto da prescrição. Essas teorias que explicam a prescrição, e também servem como princípios basilares do instituto. São elas: a teoria do esquecimento; a teoria da expiação moral; a teoria da emenda; e a teoria psicológica.

A primeira dessas teorias, é a do esquecimento. De acordo com esta teoria a pena possui apenas uma natureza retributiva, de forma que a pessoa ao cometer um delito deve “pagar” pelo que fez para que a insatisfação social seja sanada. No entanto, com o passar do tempo, essa insatisfação social torna-se esquecida, ou seja, a intranquilidade da sociedade diminui pouco a pouco, e por essa razão o objetivo da pena torna-se esvaziado, perde-se o desejo da obtenção de satisfação do ofendido, o que implica na perda da razão de punir, justificando, portanto, a teoria do esquecimento.¹⁹

Giusseppe Bettiol²⁰ destaca:

[...] Se é o alarma social que determina também a intervenção do Estado na repressão dos crimes, quando decorrer determinado período de tempo do próprio crime sem que tenha sido reprimido, o alarma social se enfraquece pouco a pouco e se apaga, de tal modo que provoca a ausência interesse que faz valer a pretensão punitiva.

¹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da Segurança jurídica*- Do Controle da violência à do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹⁸ BECCARIA, *op. cit.*, p. 09-10.

¹⁹ *Idem. Dos Delitos e das penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 75.

²⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alfredo Silva Franco. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 222.

Já a teoria da expiação moral, que tem origem do latim, *expiatione*, significa purificação dos pecados. Essa teoria pressupõe que ao transcorrer o certo lapso temporal, no caso em questão, o tempo previsto na legislação penal nacional, a culpa que recairia sobre o criminoso se expia, pois só pelo remorso e angústia sofridos pelo delinquente já foram suficientes para penalizá-lo. Sendo assim, em pese o Estado ter perdido o direito de punir, o agente já fora punido moralmente em enquanto corria o prazo prescricional.

Os defensores dessa teoria partem da premissa de que escopo da pena é a aflição que será imposta ao acusado, e desta forma, há a ideia de compensação da pena pelo sofrimento em face das angústias e remorsos que este sofreu ao longo do processo.²¹

Cousturier²² era adepto à essa teoria, vez que adotava como fundamento comum da prescrição das pretensões punitiva e executória a tese de que o tempo necessário para prescrever constitui, por si só, uma pena tão rigorosa como aquela da lei.

A teoria da emenda, traz consigo características positivistas. Tais características se verificam ao compreender que para essa teoria não há mais a necessidade de punição daquele, quando, com o passar o tempo não houve reiteração criminosa. Em algumas vezes, apesar de o Estado não ter exercido seu poder de punir o indivíduo se “emendou”, ou seja, se corrigiu sem a necessidade da punição e por isso, pode-se concluir que o decurso do prazo prescricional não foi de todo ruim, pois embora não o tenha punido, chegou-se ao mesmo fim, a correção²³.

É importante frisar que para esta última teoria, enfoque principal é a preocupação com o caráter ressocializador da pena, até porque ao corrigir-se, o antes visto como delinquente passa a ser visto como uma pessoa apta a viver em sociedade. A teoria da emenda encontra passagem nas lições de Beccaria, e este a defende em sua obra: “Com feito, a obscuridade que envolveu por muito tempo o delito diminui muito a necessidade do exemplo, e permite devolver ao cidadão sua condição e seus direitos com o poder de torná-lo melhor.”²⁴

Alguns autores positivistas não pactuam com o fato de que o decurso do tempo por si só seja suficiente para encerrar a periculosidade do criminoso. Nesse sentido, afirmava Florian²⁵ que não se pode, em um primeiro momento, atribuir à prescrição valor absoluto e geral, sendo

²¹ MACHADO, *op. cit.*, p. 91.

²² COSTURIER apud PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 91.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 292.

²⁴ BECCARIA, *op. cit.*, 1991, p. 75.

²⁵ FLORIAN apud BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T.3. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967, p. 209.

necessário para sua aplicação o exame das condições pessoais do réu, que devem se demonstrar a sua não periculosidade penal, transformando de presunção em realidade a cessação do interesse de punir em que se funda o instituto. Desta forma, não se sujeitariam à prescrição os criminosos habituais, natos e os inimputáveis por doença mental. Galdino Siqueira foi adepto desta teoria.

Na teoria psicológica, se presume que, com o decorrer do tempo o criminoso “evolui”, ou seja, altera a maneira de se comportar perante a sociedade, tornando-se pessoa diversa que era na época em que praticou o crime. Logo, essa alteração no modo de ser implica no esvaziamento da necessidade da aplicação da pena, já que, de maneira figurada, a pessoa quem vai sofrer tal imposição, será pessoa diversa daquela que praticou o delito.

Um dos pioneiros dessa teoria é o jurista e sociólogo Gabriel de Tarde, e este sustenta que quem verdadeiramente sofrerá os efeitos da sanção não será o infrator, mas de fato a vítima do crime ao passar do tempo sem qualquer punição ao agente²⁶. Ainda sobre essa teoria, importante lembrar, uma importante passagem feita por Magalhães Noronha, veja- se:

o tempo, que tudo apaga, não pode deixar influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranquilidade, dos sobressaltos e terrores que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração. (...) é indisfarçável que, ao menos aparentemente-e, portanto, com reflexos sociais nocivos – a pena tão tardiamente aplicada surgiria sem finalidade, e antes como vingança.²⁷

Essas teorias de acordo com Nucci²⁸, auxiliam e fundamentam a previsão legal do instituto da prescrição penal, tanto no Brasil, como no ordenamento jurídico como um todo, de maneira que seja justificável para a sociedade a não atuação estatal. São teses que explicam os motivos que implicam na perda da razão de punir devido o decurso do tempo.

1.5 Imprescritibilidade

Como trabalhado anteriormente, a história da prescrição decorreu do Código Republicano, pois, na época do Império, o Código Criminal de 1830 deixou claro em seu texto legal que não havia em que se falar em prescrição das penas. A imprescritibilidade também foi tratada no Decreto

²⁶ TARDE, Gabriel de. *A opinião e as massas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 95.

²⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 362.

²⁸ NUCCI, *op. cit.*, p. 292.

n. 22.312/1932, conhecido como Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe²⁹. No entanto, os diplomas posteriores como o Código Penal de 1980, e o atual Código Penal Brasileiro, não repetiram aquela fórmula já crítica em seu tempo.

Atualmente, a legislação brasileira prevê como regra a aplicação da prescrição a todas as modalidades de infrações penais, até mesmo aos crimes hediondos. Em que pese tal previsão, a Constituição Federal de 1988, em contramão de sua própria essência por vedar qualquer espécie de prisão perpétua em seu artigo 5º, XLVII, alínea b, determina a imprescritibilidade de dois grupos de crime, que de fato não são os mais graves para do Direito Penal brasileiro, são eles: o Racismo, previsto no artigo 5º, XLII da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 7.716 de 1989 e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, previsto também na Constituição Federal, no artigo 5º, XLIV e disciplinado pela lei de Segurança Nacional³⁰.³¹

O poder constituinte previu tais exceções à imprescritibilidade de maneira taxativa e prevalece na seara doutrinária o entendimento de que a legislação ordinária não pode criar outras hipóteses de imprescritibilidade penal.³² Desta forma, a Constituição Federal de 1988 ao admitir somente essas duas hipóteses de crimes insuscetíveis de prescrição, afirmou de forma implícita, que as penas de todas os demais tipos legais prescrevem, e, devido à localização do instituto da prescrição dentro da Constituição, no artigo 5º, trata-se de um direito fundamental do ser humano, consistente na obrigação do Estado investigar, processar e punir alguém dentro do prazo legalmente previsto.³³

Porém, no julgamento do habeas corpus nº 154.249, realizado em 28 de outubro de 2021, O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o crime de injúria preconceituosa,

²⁹ BRASIL. *Consolidação das Leis Penais da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe, 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

³⁰ BRASIL. *Lei de Segurança Nacional de 1983*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

³² Em igual sentido: TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 94.

³³ Para quem admite essa classificação, a prescrição se situaria entre os chamados direitos fundamentais de 1ª geração. Seria uma liberdade pública negativa, consistente na omissão do Estado quanto à intervenção na esfera privada dos cidadãos relativamente à aplicação de uma pena atingida fatalmente pelo decurso do tempo. Para um estudo mais aprofundado das gerações dos direitos humanos: BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p.5 e ss.

previsto no art. 140, §3º do código penal, é modalidade de racismo, e como tal, submete-se a regra constitucional da imprescritibilidade.³⁴

É importante lembrar que, pelo fato da prescrição estar prevista como um direito fundamental do ser humano, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que em caso de citação por edital e consequente aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 9.271 de 1996, não é possível admitir a suspensão da prescrição por tempo indefinido, o que levaria a configuração de uma imprescritibilidade diferente das hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal de 1988³⁵, e por isso o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 415 com a seguinte redação: “o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”

Seguindo a ordem da Constituição Federal, quanto ao crime de racismo, em que pese exista mandamento constitucional para sua criminalização, não há na legislação infraconstitucional a palavra “racismo”, mas sim a definição dos crimes “resultantes de discriminação ou preconceito, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (artigo 1º da Lei nº 7.716/1989, de 5 de janeiro). Incorrendo o agente em uma (ou mais) dessas hipóteses, estará sujeito à pena de reclusão de um a três anos e multa, conforme artigo 20 da referida lei.

Em relação às ações de grupos armados, civis ou militares, são crimes que são praticados por grupos armados contra o Estado democrático de direito. Tal tipificação nada mais é do que uma forma de proteção aos princípios democráticos e à própria constituição. Apesar de não ser um crime com um grande peso para o direito penal, é um delito que busca proteger um bem jurídico de suma importância para a manutenção da ordem social, pois é através dela que a ordem é mantida.

Em que pese tais previsões legais de cunho constitucional, a imprescritibilidade está diretamente ligada com o desrespeito ao princípio da duração razoável do processo. Como já abordado no presente trabalho o instituto da prescrição é uma segurança jurídica para o acusado, de que em certo momento o Estado não poderá mais exercer seu poder de punir, e a Constituição Federal ao prever exceções a esse decurso temporal, acaba por violar o seu próprio artigo 5º, LCCVIII. Nesse sentido, igualmente orienta Fábio Machado³⁶: “Promover a ação penal ou a

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 460.971*. Relator: Ministro. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/proc_criminal/acordaos/RE_460971.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

³⁵ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 95.

³⁶ MACHADO, Fábio Guedes. *Prescrição: A identidade no tempo e a proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p.37.

execução da pena muito tempo depois do cometimento do ilícito mostra-se como medida desnecessária e sem qualquer proveito, senão o de realizar e satisfazer os fins retributivos da pena”

1.6 Formas de extinção da punibilidade

No ordenamento jurídico brasileiro existem outras formas de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, além da prescrição, o legislador previu também a decadência e a preempção (CP, art. 107, IV).³⁷

No que tange à decadência, apesar de ser um instituto que também possui como causa o decurso do lapso temporal, esta somente ocorre nos contextos de crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido e nos casos de ação penal privada. A decadência ocorre antes do início da ação penal, nada mais é do que um tempo que o legislador previu para que o ofendido diga se quer representar contra o suposto autor do crime ou para que ofereça a queixa-crime.

Desta forma, decorrendo o lapso temporal para o ofendido agir, e este não o faz não há mais possibilidade da ação penal ser proposta, e o efeito decorrente dessa inércia será a impossibilidade de punição, pois não poderá sequer haver processo. Se diferencia da prescrição, porque na prescrição o que desaparece é o poder punitivo estatal. Em que pese a diferença ser um tanto sutil a consequência é idêntica, a extinção da punibilidade.

Ainda sobre a decadência, existem outros efeitos que a diferenciam da prescrição. Para aquela, não há que se falar em suspensão tampouco em interrupção do prazo. Há na verdade, um decurso temporal de seis meses contados do dia em que o ofendido ou representante legal toma conhecimento do autor da infração. Desta forma, não há nada que obste esse prazo, de maneira que a vítima tem apenas seis meses para agir, e evitar a impunidade do suposto autor do delito. É importante ressaltar, que caso o ofendido se manifeste de acordo com o prazo legal, e, sendo proposta ação penal, ainda restará a aplicabilidade dos prazos prescricionais para aquele processo.

Já a preempção, esta, diferentemente da prescrição e da decadência, constitui um instituto de natureza processual, e incide nos crimes de ação penal privada exclusiva e personalíssima,

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

prevista no artigo 60 do Código de Processo Penal³⁸, se trata também de uma sanção à inércia do ofendido negligente. É uma implicação da omissão pessoal e exclusiva aos crimes que se processam mediante queixa³⁹.

1.7 Espécies de prescrição

A prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro se subdivide em dois complexos grupos, quais sejam a Prescrição da Pretensão Punitiva que é regulada pelo artigo 109 do Código Penal, que se dá pelo máximo da pena em abstrato cominada ao crime, e a Prescrição da Pretensão Executória, que é calculada com base na pena concreta, fixada na sentença ou acórdão.

Tratando-se primordialmente da Prescrição da Pretensão Punitiva, esta ocorre quando alguém pratica um fato delituoso e como consequência disso, o poder de punir surge para o Estado. A apuração desta responsabilidade penal em tempo razoável é um direito constitucional do acusado que, ao menos de forma indireta, lhe garante uma razoável duração do processo, haja vista já ter o prévio conhecimento do máximo de tempo que o Estado terá para puni-lo.

De acordo com Cléber Masson⁴⁰ “antes de se retirar um direito de qualquer pessoa, deve-se dar a ela todas as chances de exercê-lo. Com o Estado não é diferente, pois e ele também se reserva a ampla defesa de seus direitos[...]”.

No instituto da pretensão punitiva propriamente dita, ainda não há trânsito em julgado para a acusação nem para a defesa, esta pode ocorrer durante todo o decorrer do processo, ou até antes de sua propositura, em regra. pelo fato de não haver pena fixada, não há obstrução em se calcular o tempo com base na pena máxima em abstrato pois ainda que esteja diante de uma sentença, ainda

³⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2021. Art. 60: Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

³⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.948.

⁴⁰ MASSON, *op. cit.*, p. 804.

resta para acusação a interposição de diversos recursos podendo implicar na alteração da pena cominada.

Para se calcular o tempo que o Estado tem para exercer tal poder punitivo, o Código Penal estabeleceu um critério lógico e objetivo, ou seja, o tempo é calculado exclusivamente com base no máximo da pena privativa de liberdade, prevista no preceito secundário do tipo penal (artigo 109 do Código Penal).⁴¹

O disposto no referido artigo prevê prazos prescricionais entre 3 a 20 anos, ou seja, possuindo o tipo penal uma pena superior a 12 anos, o crime prescreverá em no máximo 20 anos. Esse é o limite de tempo que o legislador previu para que o Estado exerça seu poder punitivo contra o agente delinquente.

É importante frisar, que apesar do artigo 109 do Código Penal estabelecer 3 anos como mínimo de tempo de prescrição, subsiste o prazo prescricional de 2 anos em três hipóteses: para a pena de multa, quando esta for a única cominada ou aplicada na sentença ou acórdão (CP, art. 114, D); para o crime de porte de droga para o consumo pessoal, tipificado no artigo 28, *caput* da Lei nº 11.243/2006 e no artigo 125, VII do Código Penal Militar, quando o máximo da pena privativa de liberdade é inferior à 01 ano.⁴²

Ainda, ao tratar sobre exceções da previsão legal do Código Penal, há uma situação em que o prazo prescricional não está relacionado com a pena cominada ao delito, nesse caso, sequer existe limite máximo da pena, é o caso da pena de morte, aplicável em tempo de guerra, cuja prescrição se dá no prazo de 30 anos, conforme o disposto no artigo 125, I, do Código Penal Militar.

Como a prescrição está diretamente ligada à pena, é de suma importância compreender que no sistema jurídico brasileiro a pena é calculada através de um sistema trifásico, disposto no artigo 68, *caput* do Código Penal. E cada etapa desse sistema pode ou não influenciar no aumento ou diminuição da pena e a consequência disso é a alteração do tempo em que a extinção da punibilidade se operará.

Nesse sistema trifásico, a sua primeira fase se dá com a apuração das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59, *caput* do Código Penal. Neste primeiro momento, o juiz deve transitar entre o máximo e o mínimo da pena cominada ao delito, sendo vedado que ultrapasse o limite legal. Na segunda fase, está o julgador diante das circunstâncias agravantes e circunstâncias

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

⁴² MASSON, *op. cit.*, p. 805.

atenuantes. Estas podem ser genéricas, previstas na parte geral do Código, ou específicas, estabelecidas dentro de leis especiais. Também nessa segunda fase, de acordo com a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça o legislador não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Sendo assim, até esse momento, não há influência, em regra, na contagem do prazo da prescrição.

Já na terceira fase, analisa-se as causas de aumento e as causas de diminuição, estas também podem estar na parte geral do código penal, ou na parte especial. essas causas podem levar a pena abaixo ou acima do mínimo legal, logo, influem no cálculo da prescrição, ao contrário do que ocorre na primeira e na segunda fase da dosimetria da pena.

O termo inicial da prescrição, é de suma importância, pois é através dele que é definido o dia em que se começa a contar o decurso do prazo para o Estado. Está previsto no artigo 111 do Código Penal e a regra geral, é que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr do dia em que o crime se consumou, adotando a teoria do resultado.⁴³

Como no ordenamento jurídico brasileiro há a previsão de fracionamento do *iter criminis*, bem como outros momentos de consumação, no mesmo artigo em que se prevê a regra geral, há a previsão também de outros marcos iniciais do prazo prescricional. No caso da tentativa, no dia em que cessar a atividade criminosa; nos crimes permanentes, do dia em que se encerrar a permanência; nos crimes habituais, a partir da data da última das ações que constituem o fato típico, e nos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de registro civil, a partir do dia em que o fato se tornar conhecido.

Sobre o tema do termo inicial, não se pode esquecer dos crimes contra a dignidade sexual, trata-se de mais uma exceção à regra. Se o crime for cometido contra criança ou adolescente, o

⁴³ O Direito Penal Brasileiro discorre sobre 3 teorias com a especial finalidade de apontar o tempo e o lugar do crime, sejam elas, a teoria da atividade, a teoria do resultado e a teoria da ubiquidade ou mista. A teoria da atividade ou da ação considera o momento em que o crime foi praticado, independentemente do lugar onde o crime se consumou. Contrariando a primeira, a teoria do resultado considera o lugar onde se deu o resultado do crime. De forma ampla, a teoria da ubiquidade ou mista considera as duas teorias anteriores, sendo que por meio desta pode se considerar o local onde se produziu a ação ou omissão, quanto aquele onde ocorreu o resultado. Diante do exposto, destacamos a adoção da teoria do lugar e tempo do crime no Brasil, onde o Código Penal em seu artigo 6º orienta na utilização da teoria da ubiquidade ou mista para a fixação do lugar do crime, de modo que se pode considerar o crime praticado tanto no local da ação ou omissão, assim como no local do resultado. Por outro lado, o mesmo código em seu artigo 4º orienta na adoção da teoria da atividade, de modo que o tempo do crime é considerado no momento em que foi praticado por ação ou omissão, mesmo que o resultado do ato ocorra em outra data. Por fim, podemos entender que a luz do Código Penal Brasileiro, o julgamento e decisão proferida estarão respaldados em pilares sólidos que produzirão elementos para a realização da justiça e fundamental pacificação social. UNIESP. *Teoria do Crime: Tempo e Lugar*. Disponível em:> http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170721102126.pdf. Acesso em: 18 abr. 2022.

prazo prescricional começará a correr do dia em que a vítima completar 18 anos de idade (artigo 111, V do CP), salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Esse termo, conforme estabelecido do artigo 117 do Código, pode ser interrompido, ou seja, zera-se o prazo e começa a contar do momento em que zerou. Os motivos que levam à essa interrupção são: o recebimento da denúncia ou da queixa; a pronúncia; a decisão confirmatória da pronúncia; pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência. Ocorrendo uma dessas hipóteses taxativamente previstas, o intervalo temporal volta ao seu início, desprezando-se o tempo até então ultrapassado.

As causas interruptivas da prescrição, em algumas hipóteses podem se comunicar aos agentes, ou seja, sendo a hipótese de um delito praticado em concurso de pessoas, ou crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo, incidindo para um, também interromperá o processo para outro. Conforme dispõe o §1º do artigo 117 do Código Penal, excetuando os casos pessoais, ou seja, o início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V, do artigo 117 do CP) ou no caso de reincidência (inciso VI), interrompendo a prescrição para um, está se operará para os demais acusados.

Além das causas interruptivas, existem as causas impeditivas, ou seja, não permitem que o decurso temporal ocorra. Estão previstas no artigo 116 do Código Penal, e as causas que ensejam tal consequência são: haver questão pendente de resolução em outro processo que dependa o reconhecimento da existência do crime; enquanto o agente cumprir pena do exterior; a pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores quando inadmissíveis e enquanto o agente não tiver cumprido ou não tiver rescindido o acordo de não persecução penal. Em que prese se trate de causas impeditivas, essas mesmas hipóteses também suspendem a prescrição, dentre outras na legislação extravagante.

Ainda, referente ao grupo da prescrição punitiva propriamente dita, há a prescrição superveniente, intercorrente ou subsequente. Trata-se de uma modalidade de prescrição, que também extingue a possibilidade de o Estado punir o indivíduo, antes do trânsito em julgado, que se verifica entre a publicação da sentença condenatória recorrível e seu trânsito em julgado para a defesa. Se chama superveniente porque ocorre depois da sentença.

É importante ressaltar, que, nesta modalidade de prescrição, é indispensável o trânsito em julgado para a acusação no que tange à pena imposta, pois, desta forma não há que se falar em

alteração do prazo prescricional. neste momento, a pena já foi fixada e não haverá mais possibilidade de a defesa interpor recurso agravando-a, e assim sendo, o cálculo prescricional será com base na pena já fixada.

Conforme o exposto, é possível falar em prescrição superveniente ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado para a acusação, pois, é possível que a acusação, seja o Ministério Público ou o querelante, recorra sem necessariamente pleitear o aumento da pena, requerendo apenas, à título de exemplo, a modificação do regime prisional. Ou ainda, que recorra com objetivo de aumentar a pena e o recurso seja provido, tal aumento não seja suficiente para implicar na alteração do prazo prescricional.

Como já mencionado, e de acordo com a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal⁴⁴, o cálculo nessa modalidade de prescrição se dá pela pena em concreto, a pena fixada na sentença. É forçoso lembrar que, em que pese ainda pender recurso da defesa, determina o artigo 617 do Código de Processo Penal, que quando pender recurso exclusivo da defesa, o tribunal está vedado a reformar a pena de maneira mais gravosa. Desta forma, neste momento, não existe mais possibilidade de se aumentar o prazo prescricional, a pena fixada é a mais grave que o réu pode suportar, restando apenas diminuí-la, mantê-la ou suprimi-la.

Essa modalidade de prescrição, tem como termo inicial a publicação da sentença condenatória irrecorrível para a acusação, seja ela o Ministério Público ou o querelante. Ocorrendo esse pressuposto, seu prazo inicial retroage à data da publicação do decreto condenatório.

Com efeito, a prescrição superveniente se opera por dois motivos, o primeiro que é a mora. A demora do judiciário para intimar o réu da sentença, ou seja, publica-se a sentença e devido à uma omissão do Estado em comunicá-lo, decorre o tempo suficiente para prescrever a pena. O segundo motivo, mas não menos importante, e bastante comum no sistema judiciário brasileiro, é a demora no julgamento do recurso da defesa; também por culpa da morosidade estatal.

Pelo fato desta modalidade se operar antes do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, a prescrição superveniente não pode ser reconhecida na sentença condenatória. Por esta razão, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a perda do direito de punir

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 146*: A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2050>>. Acesso em: 14 set. 2022.

do Estado, pode ser reconhecida no 1º grau de jurisdição, e por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser declarada de ofício e a qualquer tempo (CPP, art.61, *caput.*).⁴⁵

Por último, em relação a perda do direito de punir do Estado, tem-se uma outra forma de calcular o decurso temporal, a prescrição retroativa. Esta se opera de maneira um tanto similar à prescrição superveniente, porque também é analisada com base na pena em concreto de sentença transitada em julgado para a acusação no tocante à pena imposta, pois é imprescindível que não se agrave a pena, e conseqüentemente o tempo da prescrição.

Nesta modalidade, é de suma importância se atentar a todos os lapsos temporais do processo, é preciso principalmente verificar quando se deu cada momento de interrupção da prescrição, e o tempo que se decorreu entre cada um deles.

Se chama retroativa, pois, conforme a pena fixada na sentença condenatória, faz-se o cálculo prescricional e verifica, se, entre cada lapso temporal entre uma interrupção e outra, decorreu tempo suficiente previsto na prescrição. Desta forma, em regra, para se operar a prescrição retroativa, tem que ter passado tempo suficiente (o tempo de prescrição previsto para o crime cometido, conforme sua pena em concreta aplicada) entre a publicação da sentença ou acórdão condenatório e o recebimento da denúncia ou queixa, que são as interrupções previstas para os crimes em geral.

Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, a prescrição retroativa poderá se verificar entre a publicação da sentença ou acórdão condenatório e a decisão confirmatória de pronúncia; entre a decisão confirmatória de pronúncia e a pronúncia; entre a pronúncia e o recebimento da denúncia ou da queixa.

Sobre o tema, é forçoso lembrar que a Lei nº 12.234/2010 que alterou o a redação do artigo 110 do Código Penal, e principalmente implicou mudanças na seara da prescrição retroativa, vedou que o cômputo desta modalidade de prescrição se dê em data anterior à da denúncia ou queixa.

Desta forma, ao interpretar a redação do artigo 110, §1º, para que se torne possível a análise desta modalidade de prescrição, é fundamental que se observe apenas os intervalos temporais a partir do oferecimento da denúncia, e também, que se atente que o recebimento desta é uma causa de interrupção.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 53.351*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449545434/recurso-especial-resp-1645343-pa-2016-0335525-0/decisao-monocratica-449545463>> Acesso em: 24 abr. 2022.

Mais uma semelhança com a prescrição superveniente, é o fato de que a prescrição retroativa também não pode ser reconhecida na sentença condenatória, em face da ausência do pressuposto fundamental, que é o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do recurso por ela proposto.

De maneira equivalente à prescrição superveniente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a prescrição retroativa pode ser reconhecida em 1º grau de jurisdição, seja pelo juiz sentenciante ou pelo juízo de execução, e também por se tratar de matéria de ordem pública.⁴⁶

Partindo para o outro grupo da prescrição, que, em que pese também aconteça devido ao decurso do lapso temporal, a prescrição da pretensão executória da pena possui efeitos diversos da prescrição da pretensão punitiva.

A perda do direito de executar a pena, poder-dever este, exclusivamente estatal, se dá pela sua inércia após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Neste momento, não há mais que se falar em qualquer tipo de alteração, mesmo que para diminuir, do prazo prescricional.

A prescrição da pretensão executória da pena privativa de liberdade tem como base a pena em concreta, fixada na sentença ou acórdão, ou seja, a decisão transitou em julgado tanto para a defesa quanto para a acusação. É este o teor da Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal⁴⁷: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.

Como dito anteriormente, neste momento processual, o Estado já perdeu a expectativa de aplicação da pena em abstrato, a pena máxima, seu limite agora é calculado exclusivamente pela pena definitiva. Logo, deve exercer o poder de executar a pena do indivíduo de acordo com a contagem prescricional daquela pena já fixada.

É importante notar, que existem situações que podem alterar o cômputo desse decurso temporal. Tais situações não tem qualquer relação com a alteração da pena já fixada; são hipóteses de caráter pessoal, previstas de maneira taxativa no Código Penal, que implicam no aumento do prazo do Estado para executar a pena daquele indivíduo.

Uma delas, é a reincidência. Quando corretamente reconhecida na sentença ou acórdão, a reincidência, circunstância esta não comunicável aos demais agentes no caso de concurso de pessoas, acarretará o aumento de um terço do prazo prescricional, conforme o disposto no artigo

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 604*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3591>>. Acesso em: 14 set. 2022.

110, *caput*, do Código Penal. Esse aumento, de acordo com o estabelecido na Súmula nº 220 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸, não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva, mas tão somente, na pretensão executória da pena.

A outra hipótese de modificação do cálculo da prescrição da pretensão executória da pena, se dá pelo artigo 113 do CP. O referido dispositivo prevê que, na hipótese do condenado se evadir, ou no caso de revogação do livramento condicional, a prescrição se regulará pelo tempo que resta da pena. Trata-se de uma previsão justa ao condenado, porque o Estado terá que recalcular o tempo que possui para executar a pena, ou o restante dela, de acordo com o tempo de pena que falta o acusado cumprir.

O termo inicial desta modalidade de prescrição, é o foco da discussão do presente trabalho. Esse marco, de forma tradicional e legal, é previsto pelo artigo 112 do Código Penal que dispõe que a prescrição da pretensão executória da pena começará a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; ou do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo de interrupção deva computar-se na pena.

Como será exposto a diante, o debate principal paira sobre a primeira parte do primeiro inciso do artigo 112. Discute-se atualmente, no âmbito da jurisprudência e da doutrina se a data do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação deve ser aplicada como termo inicial, pelo fato de ainda restar a possibilidade de a defesa agir, o que implica na violação da Teoria da *Actio Nata*.

O primeiro critério previsto na redação do artigo 112 do CP, é uma figura contraditória, mas seus efeitos são bastante favoráveis ao réu. Em que pese da prescrição da pretensão executória da pena depender do trânsito em julgado para ambas as partes, o seu termo inicial retroage à data do trânsito em julgado para a acusação. Para o Superior Tribunal de Justiça⁴⁹:

A possibilidade de ocorrência de prescrição da pretensão executória surge somente com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes. Isso porque o título penal executório surge a partir da sentença condenatória definitiva, isto é, com o trânsito em julgado para acusação e defesa, quando também surgirá a possibilidade de ocorrência da prescrição executória. Antes do trânsito em julgado para ambas as partes, eventual prescrição será da pretensão punitiva. Todavia, esse entendimento não altera o termo inicial da contagem do lapso prescricional, o qual começa

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 220*. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula220.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 254.080*. Relator Min. Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24546461/inteiro-teor-24546462>. Acesso em: 15 abr. 2022.

da data em que a condenação transitou em julgado para a acusação, conforme dispõe expressamente o artigo 112, I, do CP.

Cléber Masson⁵⁰ critica esta modalidade de prescrição pois, segundo ele a defesa pode interpor um recurso meramente protelatório, e devido a morosidade do Tribunal em julgar e mesmo que negue provimento devido ao seu caráter protelatório, isso irá beneficiar o réu, ou seja, para o autor, essa previsão legal dá espaço para a defesa agir de má-fé com o cunho exclusivo de ensejar a prescrição levando à impunidade.

O segundo critério previsto no artigo 112 do CP, é o dia da revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional. Ao revogar o algum destes institutos, o juiz determina a prisão do condenado, e desta forma, está o Estado, diante de um prazo para executar a pena imposta.

É importante frisar que no caso de revogação dos *sursis*, o condenado deverá cumprir de maneira integral a pena que lhe foi aplicada, e será com base nesta que será calculado o tempo que o Estado possui para executá-la. Já na hipótese da revogação do livramento condicional, a depender do caso que ensejou tal revogação, o juiz da execução pode ou não considerar o tempo em que o acusado esteve solto e isso irá implicar diretamente no cálculo da prescrição execução da pena; se está se regulará pela pena restante a ser cumprida, ou pela pena integralmente imposta na sentença.

51

O terceiro critério do termo inicial, é o dia em que se interrompe a execução da pena, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena. Esta modalidade está diretamente relacionada com duas distintas hipóteses: a fuga do condenado e a superveniência de doença mental. Tanto a fuga do condenado quanto a superveniência de doença mental são capazes de interromper a execução da pena, pois impedem a continuidade de sua execução. Mas na hipótese de doença mental, e somente nesta, o período de interrupção é computado como cumprimento de pena.

As causas interruptivas (que reiniciam o cálculo) da prescrição da pretensão executória, estão previstas no art. 117 incisos V e VI do Código Penal. O início do cumprimento da pena, a

⁵⁰ MASSON, *op. cit.*, p. 831.

⁵¹ Art. 88 do Código Penal: Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado. BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

continuação ou a reincidência, são situações que acarretam a nova contagem de tempo em favor do Estado.

Quando à reincidência prevista no artigo 117, VI, trata-se de uma reincidência subsequente à condenação. Diferentemente daquela que, reconhecida na sentença ou acórdão que implica no aumento de um terço do prazo prescricional, está se deu depois. O que o legislador pretendeu foi punir o condenado que cometeu novo crime após a sentença condenatória transitada em julgado, e desta forma, ao cometer um novo delito, o prazo para o Estado executar sua pena será contado do dia do cometimento desta nova infração penal.

Conforme o ensinamento de Antônio Rodrigues Porto:

O réu será considerado reincidente quando passar em julgado a condenação pelo segundo crime, mas o momento da interrupção da prescrição, relativamente à condenação anterior, é o dia da prática do novo crime, e não da data da respectiva sentença. A eficácia desta retroage, para esse efeito, à data em que se verificou o segundo delito.⁵²

Da mesma forma que as demais modalidades de prescrição, no caso das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória, as circunstâncias de caráter pessoal, ou seja, as previstas nos incisos V e VI do artigo 117, não se comunicam aos agentes na hipótese do crime ter sido cometido em concurso de pessoas.

Ainda sobre o tema, é forçoso lembrar que, quando o instituto do indulto não acarreta a extinção da punibilidade, este implica na diminuição da pena, e por isso, provoca a alteração no cálculo da prescrição da pretensão executória, que a partir de então, deve ser revista e recalculada com base na pena diminuída.⁵³

2 TEORIA *ACTIO NATA*

A Teoria da *Actio Nata*, como será demonstrada, por se tratar de um preceito fundamental da prescrição, e principalmente por incidir em qualquer relação jurídica pois estabelece a segurança jurídica de um ordenamento, cada vez mais ganha espaço para debate nos tribunais superiores. Apesar de ser comumente utilizada no direito civil, têm-se invocado sua aplicação nas demais disciplinas do direito.

⁵² PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 89.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext. 689-4*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 17 out. 2021.

A teoria da *Actio Nata* é inspirada nos trabalhos de Friedrich Carl Freiherr Von Savigny e representa uma reminiscência do brocado romano “*actioninondumnatae non praescribitur*” (em tradução livre seria algo como: “a ação que ainda não nasceu não pode prescrever).

O vocábulo romano está em perfeita consonância. De fato, somente a partir do instante em que o titular do direito pode exigir a sua satisfação é que se revela coerente imputar-lhe eventual inércia em ver satisfeito o seu interesse.

Mais adiante, será discutido de maneira mais profunda as ramificações dessa teoria; no entanto, à título de melhor compreensão, é imperioso apontar que esta contém um viés objetivo e subjetivo.

Na legislação civil brasileira, sempre prevaleceu a noção clássica de que o termo inicial da prescrição se dá com o próprio nascimento da ação. É determinado pela violação de um direito atual, suscetível de ser postulado judicialmente.

A prova disso se encontra no próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 189⁵⁴, que dispõe de forma expressa que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.”

Em conformidade com o ordenamento jurídico, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que o Código Civil adotou o viés objetivo da Teoria, ou seja, esse viés é a literalidade do texto legal.⁵⁵

No entanto, em que pese a legislação civilista comande a aplicação do viés objetivo, e o Superior Tribunal de Justiça já tenha se posicionado pela aplicação da Teoria sob esta ótica, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir que, em determinadas hipóteses o início dos prazos prescricionais deveria ocorrer a partir da ciência do nascimento da pretensão por seu titular, o que resta caracterizado como o viés subjetivo da teoria *actio nata*.⁵⁶

Como dito anteriormente, essa teoria é aceita por grande parte da doutrina civilista brasileira, bem como para o Superior Tribunal de Justiça pois confere ao artigo 189 do Código Civil⁵⁷ uma interpretação similar à finalidade do instituto da prescrição.

⁵⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2022.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.736.091/PE*, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=paternidade+afetiva+danos>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

⁵⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 52.

⁵⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 53.

Com efeito, diferentemente do que prevê o Código Civil, o viés subjetivo permite que o início do prazo prescricional só se dá quando o credor tenha conhecimento dos elementos essenciais relativos ao seu direito.

Essa discussão é importante pois como abordado, a depender do viés que se adote, o início da contagem do prazo prescricional será alterado, e é exatamente o ponto principal do presente trabalho.

Desta forma, embora tal discussão apresente reflexos apenas de cunho civilista, verificar a relativização de tal instituto significa considerar que as pretensões possuem suas peculiaridades, e por isso, devem ser sopesadas ao aplicar cada tipo de teoria, ou melhor cada viés interpretativo da teoria.

2.1 Fundamentos da Teoria da *actio nata* e sua origem no direito brasileiro

A Teoria da *Actio Nata* ou princípio da *Actio Nata* é um instituto basilar do prazo prescricional aplicável nas mais diversas searas do ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese tal afirmação, seus preceitos, de acordo com a doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foram fixados no artigo 189 do Código Civil Brasileiro.⁵⁸

Desta forma, para uma integral compreensão do presente instituto no direito penal, é preciso, primeiro, que se faça uma análise de sua origem no direito brasileiro, suas implicações, para que assim seja possível entender as razões pelas quais tem-se invocado tal Teoria no que tange à prescrição da pretensão executória da pena.

Conforme os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira⁵⁹, o que inspirou o artigo 189 do Código Civil foi o §194, I do Código Civil Alemão⁶⁰ (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que possui a seguinte redação “O direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer se sujeita à prescrição”. Esse dispositivo consagrou nitidamente a teoria da *Actio Nata*, a qual o surgimento da pretensão, logo, o início da fluência do prazo prescricional, não se dá necessariamente no momento em que

⁵⁸ BUSATTO, Leonardo Dumke. *O conhecimento da prática do ilícito como marco para a contagem do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/LeonardoBusatto_O_conhecimento_da_pratica_do_ilicito.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v. 11, jul/set. 2002.

⁶⁰ ALEMANHA, *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do respectivo direito violado tem conhecimento do fato e da extensão de suas consequências.

A súmula 278 do STJ⁶¹, é uma das manifestações jurisprudenciais das quais pôde-se extrair a afirmação acima. Com base no seu teor “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve a ciência inequívoca da incapacidade laboral” é possível concluir que uma vertente da Teoria, é a proteção daqueles que não tiveram a possibilidade da imediata ciência.

Em tempo, José Barbosa Moreira⁶² afirma seu posicionamento no sentido de que não se pode admitir o início prescricional sem que haja o conhecimento inequívoco da prática dos atos ilícitos que caracterizariam o enriquecimento ilícito, danos ao Erário e violação aos princípios norteadores da Administração Pública.

É forçoso lembrar que o objetivo da prescrição não se funda simplesmente na exigência de que de forma apressada, o sujeito descubra a violação ao seu direito, para que, dentro de um prazo estipulado por lei, tenha ciência da lesão e exerça de maneira urgente o seu direito; na verdade tem como fundamento um prazo que assegura a segurança jurídica do ordenamento como um todo, e que só deve começar a fluir no momento da ciência da violação de um direito.

Desta forma, o indivíduo ao ter conhecimento de que seu direito fora violado, passa a possuir a faculdade de demandar em juízo, em certo prazo, sua pretensão, sob pena de perder a possibilidade de fazê-lo, em virtude da estabilização das relações, assegurada pela segurança jurídica.

Caso assim não fosse, a hipótese de um silêncio doloso decorrente da má-fé, o encobrimento de um ilícito levaria ao patamar de uma conduta recompensável. A prescrição, como já abordado anteriormente, nas suas mais diversas vertentes, não é um prêmio ao agente que não cumpre com suas obrigações (no direito civil), que atua de forma improba (no direito administrativo) ou que comete infrações penais (no direito penal), mas sim uma limitação de agir ao legitimado desidioso (nas relações privadas) e ao Estado (nas relações públicas), que, tendo ciência da perpetração do ilícito, quedou-se inerte, sem impulsionar a devida persecução.

Nas lições de Leonardo Dumke Busato⁶³:

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sumula n° 278*. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> . Acesso em: 31 mar. 2022

⁶² *Ibid.*

⁶³ BUSATTO, Leonardo Dumke, *A Lei de Improbidade Administrativa e o transcurso da prescrição: uma nova perspectiva à luz do princípio da actio nata*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/57572/a-lei-de-improbidade->

Entendimento em sentido contrário permitiria que os agentes ímprobos pudessem simplesmente acobertar a prática de suas ilegalidades e, assim, beneficiar-se de sua própria torpeza com o decurso do tempo, o que não se pode admitir, sobretudo porque a prescrição consagra a segurança jurídica em face da inércia, e esta última somente pode restar caracterizada a partir do momento em que os fatos se tornam conhecidos para aquele que teve o direito violado e pode exercer o direito de ação.

Carlos Roberto Gonçalves⁶⁴ especifica como requisitos da prescrição três importantes acontecimentos quais são: a violação do direito com o nascimento da pretensão; a inércia do titular e o decurso do tempo fixado em lei.

De acordo com o autor, e conforme a doutrina romana, fundamento universal da filosofia jurídica, os fundamentos da prescrição possuem como pressupostos o: interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência. O primeiro representa o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva, já o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Logo, para a filosofia jurídica, que norteia todo o direito, é fundamental o acontecimento de todas essas etapas para que ocorra o fenômeno da prescrição.⁶⁵

Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalhó Lgow⁶⁶, dizem, que, para configurar a prescrição, será necessário observar dois elementos essenciais: o tempo e a inércia do titular do direito.⁶⁷

Nesse contexto, ainda que dentro do direito civil, tem-se o art. 189 do Código Civil⁶⁸, que disciplina: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os arts. 205 e 206”.

Entretanto, como abordado o entendimento de diversos outros doutrinadores civilistas, por mais que aparente que o legislador pretendeu definir como termo inicial cômputo do prazo prescricional o advento da violação do direito, não é exatamente assim que deva ser resolvida a questão.

administrativa-e-o-transcurso-da-prescricao-uma-nova-perspectiva-a-luz-do-principio-da-actio-nata> Acesso em: 30 mar. 2022.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. p. 513.

⁶⁵ *Ibid.*, p.521-537.

⁶⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587, p. 564. Disponível em: <https://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-PRESCRICAO-EXTINTIVA_QUESTOES-CONTROVERSAS-DIALOGOS-III.PDF> Acesso em: 05 fev. 2022.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 54.

Após alguns debates, a situação foi esclarecida na primeira jornada de direito civil, que ocorrera no ano de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, e restou estabelecido que o prazo prescricional começasse com o surgimento da pretensão, que, por sua vez, decorre da exigibilidade do direito subjetivo.⁶⁹

Em sede jurisprudencial, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.321.967/RS, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da *actio nata*.⁷⁰

Desta forma, restou entendido no presente julgado, que ao aplicar a teoria *actio nata* no direito civil, será necessário determinar em muitos casos é o momento no qual o titular da pretensão teve conhecimento da violação ao direito, pois até então não havia possibilidade de exercer a pretensão.⁵⁸ Assim, pode-se concluir que⁷¹:

parece mais razoável admitir que o prazo prescricional só começa a correr quando é exigível a pretensão do prejudicado. A primeira vista, o intérprete poderia ser conduzido à errônea impressão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o prazo prescricional tem início com a violação do direito. É que, como visto, a redação do art. 189 do Código Civil induz a essa leitura. O elemento fundamental, contudo, para o cômputo do prazo prescricional deve ser a possibilidade de que o direito seja exercido, e não a sua violação pura e simples. E nem poderia ser diferente, afinal, como visto na introdução, um dos fundamentos da prescrição é justamente a inércia do titular do direito, ausente em casos em que a prestação ainda não pode ser exercida, ou quando sequer é conhecida.

Compreendida a questão do prazo prescricional, e a influência do princípio da *Actio Nata*, que embora, até o presente momento tenha sido em torno do direito civil, passa-se à análise do instituto e da presente Teoria nos demais âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁹ “14 – Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.” BRASIL. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

⁷⁰ Calha a lição de Câmara Leal em seu clássico *Da prescrição e da decadência*: ‘Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação’. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt*, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ag nº 1321967*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 03.12.2010). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17596812/ag-1321967?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

⁷¹ *Ibid.*

2.2 Teoria da *actio nata* nos atos de improbidade administrativa

Leonardo Dumke Busatto ⁷² defende a necessidade de aplicação da Teoria *Actio Nata* também aos atos de improbidade administrativa, e sugere que a prescrição para os atos ímprobos siga os mesmos ditamos contidos no artigo 189 do Código Civil, bem como a sua interpretação. ⁷³

No que tange aos atos de improbidade administrativa, o referido autor afirma seu entendimento no sentido de que não se pode admitir o início do curso do prazo prescricional sem que haja o conhecimento inequívoco da prática dos atos ilícitos que caracterizariam o enriquecimento ilícito, danos ao Erário e a violação dos princípios norteadores da Administração pública⁷⁴.

Aduz ainda, que exatamente pelo motivo de a lei ter inserido taxativamente o seu rol de legitimados para a propositura da demanda, o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, não resta alternativa senão a efetiva aplicação da interpretação dada ao artigo 189 do Código Civil, qual seja, que a ciência inequívoca do ilícito deve se dar tão somente por um desses dois legitimados, para que se considera o início do escoamento do prazo prescricional; do contrário, não se pode haver início de sua contagem. ⁷⁵

Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho ⁷⁶, na mesma vertente, defende:

A efetividade das disposições da Lei nº 8.429/1992, nesse aspecto, torna necessária uma interpretação “racional” e “razoável” do inciso I do art. 23. Isso é essencial para um melhor aprimoramento dos instrumentos de combate à improbidade administrativa, que só acontecerá com uma modificação do critério para contagem do termo inicial do prazo prescricional para os casos disciplinados no mencionado inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992. Nossa proposta é fazer tal contagem a partir do momento em que o ato de improbidade administrativa se torna conhecido, estendendo a disciplina do inciso II do mencionado art. 23 aos agentes que hoje têm sua situação jurídica disciplinada pelo inciso I do mesmo artigo. Como já afirmamos acima, a prescrição pressupõe a inércia do titular do direito e só essa situação pode legitimar e justificar o reconhecimento dos efeitos jurídicos do instituto da prescrição. Quem não é inerte não pode sofrer as consequências da prescrição. A mesma observação deve ser feita para os casos em que a Administração desconhece a existência do ato de improbidade praticado por seus agentes. Na verdade, a

⁷² BUSATTO, *op. cit.*, nota 62.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras. Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992). In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 284- 311. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>. Acesso em: 30 mar. 2022.

natureza da prescrição importa na ideia de se estabelecer uma “reprimenda à desídia dos legitimados à propositura da ação” (Garcia, 2006, p. 518). Essa desídia não existe quando o designado legitimado não tem nem pode ter o necessário conhecimento dos fatos envolvidos no ato de improbidade administrativa e ante tal fato não tem condições concretas de adotar providências para coibir a prática do ato de improbidade ou de buscar reparação e sanção para os mesmos atos”

Desta forma, defende os autores acima citados, a necessidade de uma releitura do sistema prescricional com base na teoria da *actio nata*, pois caso contrário, os agentes ímprobos continuarão sendo privilegiados de forma que, o decurso do prazo para sua eventual punição começará a correr mesmo na hipótese de ainda restar posturas defensivas e não estabilização da demanda.

Em que pese tal discussão, sobre a contagem do prazo prescricional na Lei nº 8.429/92, esta foi modificada no ano de 2021, com o advento da Lei nº 14.230/2021. A nova Lei de Improbidade administrativa, solucionou apenas parte dos problemas. Antes, havia previsão de prazos distintos, variáveis em função do tipo de vínculo que o agente público acusado de ato de improbidade administrativa possuía com a Administração Pública, e assim, merece elogios a nova lei, ao trazer a unificação desses prazos, sendo de oito anos, independentemente da categoria que o agente se enquadra.

No entanto, dentre outros, persiste o mesmo problema abordado, o estabelecimento da data do fato como marco inicial que permite a fluência do prazo prescricional. Como já apresentado, pela teoria da *actio nata*, a prescrição serve para punir o negligente, aquele que não age tempestivamente para exercer seu direito. Logo, enquanto a parte interessada não possui o conhecimento acerca do direito controvertido, não se pode considerá-lo inerte, e, portanto, não há que se falar em fluência do prazo.

Sendo assim, mesmo com o advento da nova Lei, algumas questões problemáticas persistem, e como demonstrado, também no que tange ao prazo prescricional dos atos de improbidades, diversos autores clamam pela necessidade da interpretação do instituto à luz da *actio nata*, pois são seus ensinamentos que norteiam e explicam o instituto da prescrição como um todo.

Como demonstrado, com base no viés do direito civil, outras áreas do ordenamento jurídico brasileiro buscam fundamento também na *actio nata* para fundamentar a necessidade de uma correta e unânime aplicação do instituto da prescrição no direito como um todo, até porque, a prescrição, independentemente da matéria aplicada tem um objetivo principal, comum a todas as relações jurídicas, sejam elas entre pessoas privadas, ou até mesmo com o Estado em algum dos

polos da demanda, proporcionar a segurança jurídica e como consequência a estabilização da demanda.

2.3 Princípio da *actio nata* e a prescrição penal

Quanto à prescrição penal, de acordo com a leitura do artigo 112, I do Código Penal⁷⁷, o legislador estabeleceu como requisito inicial do instituto, a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. A partir dessa interpretação, é possível concluir que, restando a possibilidade de ser agravada a pena imposta ao acusado, por meio de interposição de recursos pelo representante do Ministério Público, querelante ou assistente de acusação, ainda não será possível falar em prescrição da pretensão executória da pena.

Ao analisar este momento processual, percebe-se que de fato, não há estabilização da demanda, ou seja, diante da possibilidade tanto da defesa quanto da acusação de modificar a sentença condenatória imposta, não é passível de discussão sobre a aplicabilidade da prescrição, e sobre este fato não há qualquer divergência doutrinária. Até então, a redação do referido artigo contido no Código Penal, interpretado a *contrario sensu* está em perfeita consonância com os requisitos universais da prescrição.

Seguindo ainda com a hermenêutica do artigo 112, I do Código Penal, resta claro que, havendo a estabilização da demanda para a acusação (findo prazo para interposição de recursos) já é possível falar em prescrição da pretensão executória da pena.

A ausência da necessidade do trânsito em julgado para a defesa, ou seja, a não estabilização do processo para ambas as partes, suscita diversas discussões. Como será demonstrado, a vontade do legislador fugiu das regras basilares do instituto, levando a discussão aos tribunais superiores.

Logo, é forçoso concluir que, no processo penal, o trânsito em julgado para as partes ocorre em momentos distintos e esse fato é o que acarreta as a discussão principal dessa pesquisa.

Sabe-se que a prescrição é um instituto que se aplica com o fim de uma etapa, um momento processual. A legislação infraconstitucional penal ao prever tempos diversos de encerramento de etapa processual implica diretamente na alteração da contagem da prescrição, pois um é causa (de início de contagem) e outro é acontecimento (a prescrição propriamente dita).

⁷⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

Devido à essas implicações busca-se como objetivo principal compreender se a forma de aplicação da prescrição escolhida pelo legislador para o Código Penal escolheu é a mais adequada, leia-se, se esta se encontra em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme os acontecimentos no processo penal já abordados, no momento em que não se puder mais agravar a pena do réu, inicia-se o tempo que o Estado possui para executar a sanção imposta, foi este fator determinante que o legislador escolheu para o exercício da pretensão executória da pena.

A prescrição, de fato, é um instituto de mesma natureza tanto na seara cível quanto na penal, logo, os princípios a ela atinentes devem ser aplicados igualmente. Assim, a discussão do presente trabalho paira sobre se a complexa redação do dispositivo penal tem a capacidade de alterar a interpretação um princípio basilar da prescrição, o princípio da *actio nata*.

Diante deste cenário, parte da doutrina, bem como, alguns julgados dos tribunais superiores (como será visto adiante) a necessidade de uma nova interpretação quanto ao tema da prescrição da pretensão executória da pena, de forma que, está só se inicie quando para ambas as partes não restar qualquer possibilidade de agir processual.

A principal tese que rebate esse movimento pela necessidade da mudança de interpretação, é a de que o Direito Penal veda a analogia *in malam partem*, e, fato é que a prescrição pertence ao Direito Penal e não ao Direito Processual Penal, trata-se de um instituto de direito material.

Em que pese se trate de um argumento simples, e de conhecimento de qualquer estudioso do direito, é de suma relevância para o debate, que ao final do estudo, será aprofundado como objeto para conclusão do raciocínio.

Diante das abordagens já expostas, restou claro que a prescrição é, de forma geral, um instituto que cerca todo o Direito e suas relações. Com ela, busca-se de forma primária, sancionar alguém por sua inércia, na qual se dá, por ter deixado de exercer uma pretensão durante um decurso de tempo.

Nas lições de Pontes de Miranda⁷⁸:

Conceito de prescrição no Código Civil. No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação.

⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo VI, 1970, *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro: ou o jogo dos sete erros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 51, 2010, p. 520.

Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia; nem o que transparecia das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, pr., verbis “por a negligência, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar”). Tal fundamento espúrio, de penalidade, viera das Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 80, pr.); pois não no tinha o direito anterior a elas (Lei de 6 de janeiro de 1339; cf. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 108, § 3). É interessante observar-se que ainda A. VON TUHR (Der Allgemeine Teil, III, 507) empregou o falso fundamento aludindo à negligência do titular na atenção dos seus direitos.⁷⁹

Originou-se, decorrente dessa ideia basilar do tema, o princípio da *actio nata*.

Assim, com base no conceito da prescrição e seus requisitos, que, intrínsecos na própria evolução do ordenamento jurídico, não há como responsabilizar determinado agente pela inércia do exercício de um direito quando não se poderia exercê-lo.

No entanto, no direito penal, com fundamento no artigo 112, I do Código Penal⁸⁰, a forma que se dá o início desse prazo, destoa do conceito e fundamento da prescrição abordado.

De acordo com o disposto nesse artigo, a prescrição da pretensão executória da pena se dará no momento em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, restando ainda, possibilidade de defesa agir, e, assim não é possível que o Estado execute a sanção por ele imposta.

Diante deste cenário causado pelo legislador, temos o Estado sendo “punido” pelo decurso do lapso temporal, que corre contra ele, sem sequer poder executar a medida. Como descrito por Miranda⁸¹, o fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor, e não proteger o devedor.

Em que pese, ainda diante destas circunstâncias, por haver a possibilidade de a defesa conseguir uma sanção mais branda ao apenado, ou até mesmo uma absolvição, o ideal seria que o prazo prescricional da pretensão executória da pena, começasse a ser contado do momento em que transita em julgado a decisão tanto para a defesa, quanto para a acusação, como era previsto na redação anterior do Código Penal, antes da reforma legislativa de 1984.

Aplicando-se o princípio da *actio nata*, o termo inicial da pretensão executória da pena dar-se-ia no momento em que houvesse o decreto condenatório, ou conforme o entendimento atual

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

⁸¹ *Ibid.*

do Supremo Tribunal Federal⁸² no momento em que transitasse em julgado a sentença tanto para acusação quanto para a defesa.

Entretanto, a grande dificuldade de aplicação desta teoria no Direito Penal repousa no princípio da legalidade, que orienta e limita todo o sistema punitivo, bem como da impossibilidade de fazer uso da analogia *in malam partem*.

O instituto que pode ser representado pelas expressões em latim *ubi eadem ratio ibi idem jus* e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo*, consiste em uma série de mecanismos que são utilizados para suprir a lacuna do Direito Positivo e integrá-lo com outros elementos obtidos do próprio Direito. Seu fundamento é a ausência de disposição prevista em lei que alcance o caso concreto.

É de conhecimento comum dos estudiosos do direito, que é vedada a analogia para prejudicar a situação do acusado. No entanto, discute-se atualmente a possibilidade de uma releitura do tema que se realiza através da ponderação entre diversos valores constitucionais como a legalidade, a segurança jurídica, a isonomia, a proporcionalidade e a confiança entre o cidadão e o Poder público.

O objetivo dessa nova ótica é possibilitar, através da analogia *in malam partem*, a concretização de uma série de valores constitucionais. Rechaça-se a legalidade estrita como uma garantia absoluta, impondo uma verdadeira ponderação de valores.

A doutrina penalista costuma tratar o tema da analogia de forma uniforme, ou seja, veda-se sua aplicação para prejudicar o réu. Em que pese os doutrinadores utilizem-se do conceito trazido pelo direito civil, incluem requisitos e restringem seus efeitos ao aplicar no direito penal.

Compreensível tal ponderação, haja vista o âmbito de aplicação do direito civil se destoar completamente da abrangência do direito penal, sendo este, a última *ratio* utilizada pelo Estado a fim de tutelar bens jurídicos e manter a paz social.

Claus Roxin⁸³, doutrinador reconhecido por discorrer sobre a proteção dos bens jurídicos, possui o entendimento de que a analogia não pode ser utilizada como forma de aplicar a pena de um tipo legal a uma conduta que não está prevista na norma abstrata. Desta forma, para o autor, ao

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 554161*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20554161>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁸³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito - Traduzido para o espanhol por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 156-157.

aplicar os elementos de Teoria Geral do direito não é possível, que, diante de um suporte fático concreto, ou seja, o que de fato ocorreu, semelhante, mas não idêntico ao hipotético (o tipo penal) seja produzido os efeitos jurídicos previstos pela norma (pena).

Em outras palavras, o que o autor quer dizer é que não se pode aplicar uma pena prevista em um tipo no qual não se amolda estritamente na conduta praticada pelo autor do fato delituoso. Segundo essa visão, o papel do aplicador do direito se restringe a verificar se a conduta se encontra tipificada como crime na legislação, e caso necessite de alguma ampliação conceitual para que se afirme que aquela conduta praticada se constituiu um crime, deve o acusado ser absolvido pela atipicidade da conduta, não lhe importando qualquer sanção penal, mas é claro, passível de sanções administrativas e cíveis.

Conforme Muñoz Conde e García Arán⁸⁴, o estudo da analogia consiste em aplicar a norma a casos não contemplados no texto, mas com grande similaridade ao descrito pela lei. Estes autores espanhóis negam a sua possibilidade também em malefício ao réu, entendendo ser aplicável tão somente com o intuito de beneficiá-lo.

A doutrina brasileira não foge desta posição. Segundo Rogério Sanches Cunha⁸⁵, dentre outros diversos autores, a analogia é o conjunto de meios pelo qual o intérprete supre lacunas jurídicas por meio de elementos do próprio ordenamento jurídico. Para fazer uso deste método, segundo o autor, faz-se necessária a presença dos requisitos da efetiva lacuna legal e da certeza de que tal extensão trará benefício para o réu.

Em relação a questão sobre a relativização da não aplicação da analogia *in malam partem*, a doutrina, minoritária, traz requisitos que devem ser demonstrados para que essa questão se figure possível no caso concreto.

O primeiro deles, é a existência de efetiva e involuntária lacuna normativa. É claro, que existem situações não previstas no Código Penal de maneira proposital pelo legislador, o chamado silêncio eloquente; situações nas quais a omissão legislativa foi intencional, com o intuito de não permitir que o direito penal abarque tal conduta. Atualmente, fala-se muito em quais bens jurídicos são essenciais para a vida em sociedade, e estes, somente estes deverão (ou ao menos deveriam) ser protegidos pela norma sancionatória criminal.

⁸⁴ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal- Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirantlo Blanchlibros, 2010, p. 122-123.

⁸⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 72

O segundo requisito confunde-se com o efeito da analogia. Conforme a doutrina majoritária, só é possível fazer uso da analogia para beneficiar o réu, sendo assim, diante de uma real omissão legislativa, a utilização da analogia ocorrerá apenas se a norma empregada for beneficente, aqui está-se diante da concretização da garantia da legalidade de forma absoluta⁸⁶.

De maneira sucinta, o que a doutrina minoritária tem como intuito é demonstrar que o princípio da legalidade não é absoluto, sofrendo ponderação nas hipóteses em que outros princípios e valores informem ao caso concreto. Pugna-se pela possibilidade de ponderação por parte do operador do direito no momento da aplicação da norma, de maneira que atinja os anseios constitucionais na maior medida possível.

Em tempo, afirmam os defensores dessa tese, de que ao seguir essa linha de raciocínio é possível se resguardar mais ainda a segurança jurídica e a proporcionalidade. É cediço no direito que a vedação da aplicação da analogia *in malam partem* visa evitar exatamente isso, a insegurança jurídica e a desproporcionalidade das sanções, pois dar-se-ia margem para o aplicador do direito para discorrer sobre a aplicação da norma em cada caso, retirando do Direito Penal toda previsibilidade típica construída pela norma.

O debate sobre a analogia no presente trabalho é de suma importância, pois de uma maneira indireta, enfrentar a discussão da possibilidade de a prescrição da pretensão executória da pena se iniciar apenas com o trânsito em julgado tanto para a acusação quanto para a defesa, seria olhar para a norma e fazer um esforço para interpretá-la em desfavor do acusado.

Acontece, que a redação do artigo 112, I, do Código Penal⁸⁷ é clara ao dispor que a prescrição da pretensão executória se inicia no dia em que transite em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou seja, não se trata de analogia, porque não há lacuna a ser integrada, mas sim a necessidade de uma alteração legislativa.

Eduardo Pelella⁸⁸ traz a discussão sobre a aplicação da *Actio Nata* na prescrição dos crimes tributários. Como se sabe, no que tange aos crimes tributários a prioridade é fazer com que o contribuinte pague o que é devido ao fisco, e é possível concluir tal afirmação ao se deparar com a redação de sucessivos diplomas legislativos que subterrem a tutela penal ao objetivo arrecadatório, criando uma condição objetiva de punibilidade.

⁸⁶ MATTOS FILHO, José Renato Oliva de. A analogia *in malam partem*. *Revista eletrônica da faculdade de direito de franca*. ISSN 1983-4225 – v.15, n.2, dez. 2020.

⁸⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

⁸⁸ PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 319-340.

Essa condição objetiva de punibilidade se trata de uma hipótese de suspensão da pretensão punitiva estatal, na qual a pessoa física ou jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, caso este pedido tenha sido requerido antes do recebimento da denúncia.⁸⁹

Essa previsão de suspensão do poder punitivo estatal, deixa claro que o objetivo preponderante é fazer com que o contribuinte salde suas pendências fiscais, aplicando o princípio da *ultima ratio*, o qual pressupõe que o direito penal somente irá interferir nas relações, quando todas as demais esferas do direito não forem suficientes para sanar a questão.

Eduardo Palella⁹⁰ traz uma crítica a esse modelo ao afirmar que essa postura legislativa traz sérios efeitos colaterais ao sistema como um todo. Um deles, é o que diz respeito ao tratamento anti-isonômico aplicado ao contribuinte, mesmo que de maneira indireta, que recolhe os tributos devidos no tempo devido e conforme as regras comuns que são mais rígidas.

De fato, aqueles que não pagaram os tributos no tempo devido incorrendo em algum dos tipos penais relacionados aos crimes tributários, e optam pelo parcelamento excepcional, acabam por fruir de vantagens originadas pelo descumprimento da norma ordinária. Assim, indiretamente, o Estado, com objetivo de arrecadar, acaba indiretamente tratando de forma desproporcional os cidadãos que cumprem de forma tempestiva as suas obrigações.

Por esta razão, diariamente aumenta-se o debate acerca da legitimidade da penalização de infrações tributárias. Não são poucas as vozes que proclamam a ilegitimidade/desnecessidade/inoportunidade do tratamento criminal de formas de sonegação as equiparando a modalidades de prisão por dívida.

Em que pese o argumento trazido acima, a insatisfação dos operadores do direito que apoiam uma reprimenda estatal mais eficaz, se dá pelo fato de que por vezes, condutas evidentemente reprováveis, como a utilização de documentos falsos com a finalidade de suprimir tributos é entendida como um irrelevante penal se houver o recolhimento integral do valor que a administração pública entenda devido.

⁸⁹ Art. 83, §2º da Lei 9.430/96: É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.430%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201996.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20tribut%C3%A1ria,consulta%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 18 mai. 2022.

⁹⁰ PELELLA, *op. cit.*, p. 43.

O debate sobre a necessidade ou não da interferência do direito penal nos crimes tributários fica mais acirrada, quando se afirmar que o dever de pagar tributos se trata de um direito fundamental.

Conforme as lições de Leandro Paulsen⁹¹, o dever de pagar impostos é um dever fundamental. Para o autor, o imposto é uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir com as tarefas da coletividade. Logo, a arrecadação não tem como fim a simples arrecadação, mas sim, possibilitar uma melhora no convívio social como um todo, ao redirecionar os recursos às demandas clamadas pela sociedade.

Porém, como o Direito Penal é a *ultima ratio*, exatamente por afetar a liberdade individual, a legitimidade da criminalização de tais condutas passa necessariamente sobre o objeto da tutela penal, uma vez que a existência de tais figuras típicas passa pelo filtro da intervenção mínima, e como tal, o bem jurídico tutelado.

Em relação ao bem jurídico protegido nesses crimes, uma das questões mais polêmicas é se o crime tributário configura uma espécie de delito econômico ou, ao contrário, constitui um crime autônomo, com objetividade jurídica própria e destacada, vale dizer, que não afetaria de modo direto a ordem econômica.

Dentre as diversas teorias que buscam explicar tal questão, a visão patrimonialista se preocupa, não sem razão, com a definição de um bem jurídico concreto e palpável, cuja simplicidade em muito poderia contribuir para a compreensão do alcance do tipo penal tributário.

Já as correntes funcionalistas, tendem a se preocupar com o fato de que o conteúdo do injusto não se esgota com o simples inadimplemento. Na realidade, exige um comportamento ofensivo ao sistema tributário, o qual se organiza e se orienta pelo Estado com fins que não se restringe à mera função arrecadatória do fisco.

Não obstante tais discussões, o processo de arrecadação tributária, visto como instrumento de formação da receita pública e de implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição Federal, representa um valor transindividual apto a ser tutelado penalmente. Logo, a tipificação para os crimes tributários só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva do sistema tributário, bem jurídico coletivo indispensável à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos.

⁹¹ PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18.

Sem pretender esgotar esse assunto nesse trabalho de pesquisa, é certo que os delitos tributários apresentam peculiaridades e polêmicas que surgem da definição do bem jurídico tutelado e a sua própria legitimidade, chegando à prescrição da pretensão executória.

Em relação ao tema principal do presente trabalho, que se trata da prescrição da pretensão executória da pena, especialmente no que toca ao seu termo inicial, é fundamental a compreensão já debatida do conceito de prescrição e sua feição peculiar no direito penal, e a análise de como o referido instituto se dá nos casos dos crimes tributários materiais⁹². A natureza real da prejudicial administrativa e sua influência para possibilitar o aperfeiçoamento típico da conduta.

Apesar do debate exaustivo no presente trabalho em relação ao conceito de prescrição, é de suma importância lembrar que a doutrina brasileira, com honrosas exceções, não se tem ocupado historicamente da definição do instituto em matéria penal. Contornando todas as controvérsias já suscitadas, o Código Civil, em seu artigo 189⁹³, é explícito ao trazer em sua redação que é a pretensão que é fulminada pela prescrição e não o direito subjetivo ou mesmo o direito de ação.

Como abordado acima, o direito civil fixou o conceito de prescrição vinculado à ideia de pretensão, levando consideração que: (1) fulminada a pretensão, resta impossível a perseguição do direito pretensamente violado; (2) o exercício do direito de ação, dado o seu caráter abstrato, não é inoponível pela prescrição, mas, inexistente a pretensão de direito material o que torna impossível a obtenção de tutela jurisdicional favorável por quem se afirma titular do direito violado.

Desta forma, pode-se concluir que, para o direito civil em que pese a prescrição impeça de exigir juridicamente o direito violado, este, não deixa de existir, e, caso aquele que deva cumprir a obrigação prescrita, a cumpra, não há que se falar em reivindicabilidade por quem o cumpriu, o direito material não deixou de existir.

Diante dos fundamentos já abordados, no âmbito penal, o pressuposto da prescrição é diverso. O direito de punir estatal, que nasce com a violação da norma penal incriminadora, só pode ser exercida pelo Estado com a intermediação judicial, e os direitos atingidos pelas penas, que atingidos pela prescrição, restam integralmente inexecutáveis.

Mesmo diante de tais divergências dentre as disciplinas do direito, afirma-se com segurança que a prescrição, independente da sua esfera de aplicação, possui como marco inicial para a perseguição, o momento em que o direito fora violado. Essa afirmação, é nada mais do que

⁹² O crime material só se consuma com a produção do resultado naturalístico, como a morte no homicídio. O crime formal, por sua vez, não exige a produção do resultado para a consumação do crime, ainda que possível que ele ocorra.

⁹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 54.

a determinação de aplicabilidade, inclusive no direito penal, da teoria da *actio nata*, que proclama estar sujeita à prescrição apenas ação (de direito material) já exercitável, entendendo esta, somente esta, como aquela resultante da efetiva violação do direito.

Em outras palavras, para a teoria discutida no presente trabalho, para que possa iniciar o prazo para agir, é preciso que tal pretensão seja passível de ação, é preciso que o sujeito cujo direito tenha sido violado, possua algum poder de agir perante este para que o prazo corra contra ele.

Nas palavras de Câmara Leal⁹⁴: “sem a exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação”.

Discute-se, da mesma forma que o presente trabalho, o alcance desse postulado na seara penal.

Ainda que o artigo 112, do código penal ⁹⁵preveja o início da prescrição da pretensão executória da pena de maneira diversa, o próprio código penal em seu artigo 111 ⁹⁶dispõe conforme os pressupostos da teoria *actio nata*. Prevê, em diversas hipóteses que a prescrição só começará a correr no momento em que o Estado, titular do direito de punir, já puder exercer sua pretensão.

Como será abordado no próximo capítulo, o Superior Tribunal Federal, já se manifestou sobre o tema no que tange à casos concretos, crimes específicos, ora aplicando a presente teoria, ora afastando, o que tem fomentado cada vez mais os debates doutrinários, levando o tema à Repercussão Geral.

De maneira precoce, é possível concluir que a teoria e seus pressupostos de aplicação estão enraizados no direito como um todo, foi através dela que o instituto da prescrição ingressou no direito brasileiro; e conforme os fundamentos já expostos, é de suma importância a aplicação integral de seus preceitos, pois, possibilitará um ordenamento jurídico mais coerente e seguro às partes, ainda que uma delas seja o Estado exercendo seu direito de punir.

⁹⁴ LEAL, Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 256.

⁹⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

⁹⁶ *Ibid.*

3. A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA *ACTIO NATA* NA PRESCRIÇÃO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O presente capítulo tem como objetivo analisar se o momento de início do prazo prescricional previsto no artigo 112, I do Código Penal ⁹⁷ está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Diante de tudo que já fora abordado ao longo da pesquisa, já é possível concluir que a forma de contagem da prescrição no direito penal, se diferencia dos demais ramos.

Buscará compreender a divergência jurisprudencial existente quanto ao presente tema, de forma que se compare o entendimento adotado pelas principais cortes brasileiras e as consequências dessa interpretação no direito interno.

De forma precoce, é importante já mencionar, que, em que pese já exista decisões acerca do referido tema, hoje a divergência da interpretação do referido dispositivo voltou a ser discutida no Supremo Tribunal Federal.

Como exposto no presente trabalho, a prescrição quando se trata de pretensão executória da pena, destoa de toda a regra aplicada nos demais âmbitos do direito brasileiro, o que explica o fato do presente tema ser novamente assunto de debates nas cortes superiores.

Atualmente, a discussão sobre a interpretação do início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena se encontra em sede de Repercussão Geral sob o nº 788⁹⁸ no Supremo Tribunal Federal.

Discute-se na suprema corte se à luz do art. 5º, II e LVII da Constituição Federal⁹⁹, se houve ou não a recepção pela Carta Magna de 1988 do artigo.112, I, do Código Penal¹⁰⁰, segundo o qual a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a execução.

Desta forma, percebe-se que a controvérsia é de suma importância, de maneira que levou o assunto a ser discutido na corte suprema brasileira. Logo, este capítulo procura desenvolver e

⁹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 7

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 848107*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4661629&numeroProcesso=848107&classeProcesso=ARE&numeroTema=788#>>. Acesso em: 19 mai.2022.

⁹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 31.

¹⁰⁰ *Ibid.*

buscar compreender as possíveis teses que levantam o debate e ao final, apontar qual seria a melhor interpretação que o Supremo Tribunal Federal poderia ter sobre o referido dispositivo.

É forçoso lembrar que antes de se interpretar uma norma, é preciso olhá-la sob a ótica constitucional, sopesar os princípios e os direitos e garantias constitucionais abarcados pela Constituição, principalmente quando a matéria é de direito penal, pois envolve a liberdade de ir e vir do indivíduo, ou seja, trata-se de um tema delicado que envolve a possível limitação de garantias constitucionais.

De maneira subsidiária, considerar-se-ão as possíveis implicações que gerariam no sistema penal caso a corte declare a não recepção da norma pela Carta Magna.

Como dito anteriormente, o presente tema de tempos em tempos é levado para debates na Suprema Corte, mas por se tratar de uma questão demasiadamente complexa, e que atualmente ainda se encontra em tramitação para julgamento, há poucas teses fixadas sobre o assunto. Desta forma debruça-se sobre algumas passagens do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A irrisignação parte da acusação devido ao fato de a prescrição da pretensão executória se iniciar com o trânsito em julgado para a acusação, antes de possibilitar qualquer tipo de execução por parte do Estado, o que acaba por violar o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva.

De acordo com essa tese, essa positivação gera, em concreto, manobras procrastinatórias, como a sucessiva oposição de embargos de declaração, dentre outros recursos, com simples objetivo de atardar ou até mesmo frustrar a possibilidade de o Estado agir.

Em suma, a discussão paira sobre o dispositivo que prevê que a contagem do prazo prescricional antes do trânsito em julgado para a defesa, mesmo sem qualquer poder de execução pela acusação, e esse fato fomenta atitudes procrastinatórias o que faz com que a defesa se beneficie através da má-fé processual de uma previsão (i)legal.

3.1. A redação do Código Penal

O dispositivo normativo que fomenta toda essa discussão, ou seja, que regulada a data que começa a contar o prazo para o Estado exercer o seu direito de punir é o artigo 112 do Código

Penal. de maneira clara e objetiva, dispõe acerca do termo inicial após a sentença condenatória irrecorrível, *in verbis*¹⁰¹:

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

A partir da leitura do texto legal, comanda o primeiro inciso, que o termo inicial da prescrição da pretensão executória da pena comece seu cômputo do dia em que o processo transitar em julgado para o Ministério Público, querelante e assistente de acusação, uma vez que o próprio texto não faz qualquer distinção entre os legitimados, apenas fazendo uso da palavra “acusação”, que alcança todos esses.

O trânsito em julgado significa que a decisão sem consolidou, ou seja, que não é passível mais se alcançar qualquer alteração, seja de uma sentença (decisão de primeiro grau) ou acórdão (segundo ou terceiro), através do manejo de recursos. Torna definitiva a situação do processado.

No entanto, de acordo com a redação do disposto acima, não se trata de qualquer trânsito em julgado, se trata de uma situação consolidada apenas para a acusação, ou seja, restando ainda manejo de recursos por parte da defesa.

Nesse momento específico do processo, o recurso interposto pela defesa não poderá de forma alguma prejudicar o réu, princípio da *non reformatio in pejus*. Desde então, o pior cenário será este que já se sabe, o que reflete diretamente na prescrição. Como a partir desse momento, a única alteração aceita pelo ordenamento jurídica é aquela que beneficie o réu, a única implicância na contagem do prazo prescricional, seria na sua diminuição.

Assim, se caso, antes da reforma da pena (para diminuí-la), o tribunal verificar que conforme a pena estabelecida, já restou prescrita a pretensão punitiva, a alteração superveniente da pena não fará qualquer diferença, pois nesse caso, só poderá diminuí-la, reduzindo também a prescrição.

Um ponto importante a ser enfrentado, são as implicações em relação às modalidades de prescrição que esse modelo peculiar de contagem de prazo prescricional, pode ocasionar.

¹⁰¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 07.

Como já mencionado diversas vezes, o prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie de prescrição, é o trânsito em julgado para a defesa, logo, a prescrição poderá ser a intercorrente.

Para melhor compreensão, a prescrição intercorrente, assim como a prescrição retroativa, leva-se em consideração a pena aplicada em concreto na sentença condenatória. Tanto a prescrição retroativa como a prescrição intercorrente, utilizam a pena em concreto para seu cálculo, entretanto, diferenciam-se na sua forma de aplicação. A prescrição retroativa, usa a pena em concreto olhando para o passado, verifica-se se entre os marcos interruptivos do processo no passado, operou-se a prescrição. Já a superveniente, olha-se para frente, para o futuro, analisa se entre os períodos de decurso de prazo e suas eventuais interrupções não se operou o fenômeno da prescrição.

Assim, o prazo da prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente começa a correr a partir da sentença condenatória, até o trânsito em julgado para a acusação e defesa.

Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da intercorrente, enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da executória, enquanto não for iniciado o cumprimento da condenação, pois ambos se iniciam na mesma data, ou seja, do dia em que transita em julgado para a acusação.

Sobre o entendimento dos tribunais superiores em relação ao disposto no inciso I do artigo 112 do Código Penal¹⁰², o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a favor da interpretação literal, no qual o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena é do trânsito em julgado da sentença condenatória, no RHC nº 89.948/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 25/06/2019).¹⁰³

No mesmo sentido: STJ, AgRg no HC 426.775/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 21/05/2018; STJ, RHC 55.840/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 14/05/2015; STJ, AgRg no REsp 1433108/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 02/05/2014.¹⁰⁴

No entanto, a mesma turma (5ª Turma) do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, já se posicionou em sentido contrário. Conforme

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 89. 948/RS*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859610991/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-89948-rs-2017-02500-85-0/inteiro-teor-859611001>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 426.775/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1433108%2FSP&b=DTXT&p=true&tp=P>. Acesso em: 04 jul. 2023.

o entendimento da ilustre turma, o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto, somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado.¹⁰⁵

Sendo assim, conforme a posição da corte, não há que como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado apenas para acusação, tendo em vista a impossibilidade de ser dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, violando o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.¹⁰⁶

A partir destas divergências interpretativas, bem como irresignação por parte da doutrina, surgiram os debates sobre a redação do artigo 112, I do código Penal.

Sobre os demais incisos do referido dispositivo, prevê também sobre a suspensão condicional do processo e o livramento condicional que são formas de execução da pena, o que demonstra que, enquanto o condenado está em gozo dos respectivos benefícios, o Estado não está inerte na sua prerrogativa/dever de cumprir as decisões condenatórias, razão pela qual a prescrição não corre durante o período de exercício dessas benesses.

É importante mencionar que, descumprido o *sursis*¹⁰⁷ o agente terá que cumprir de maneira integral a pena à ele imposta, uma vez que tal reprimenda se encontrava suspensa devido ao cumprimento de determinadas condições.

Nesse contexto, a partir do trânsito em julgado da decisão que revogou o *sursis*, inicia-se o prazo prescricional, o qual será contado levando em consideração a pena privativa de liberdade a qual teve sua obrigação de cumprir suspensa pelo magistrado através de condições impostas.

Já em relação à revogação do livramento condicional e suas consequências, é preciso que se observe se o período em que o apenado esteve beneficiado pelo instituto do livramento

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 218388/DF*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21267843/habeas-corpus-hc-218388-df-2011-0218419-4-stj/inteiro-teor-21267844>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

¹⁰⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁰⁷ O mencionado Instituto beneficia o condenado à pena que não seja superior a 2 anos, com a suspensão da mesma por até 4 anos, desde que cumpridas as condições estabelecidas pelo juiz.

Para receber o benefício, a lei estabelece: que o condenado não pode ser reincidente em crime doloso; que os elementos referentes à prática do crime, tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente e outros descritos na lei, permitam a concessão do benefício; e, por fim, que não seja cabível a substituição por penas alternativas.

O benefício será obrigatoriamente revogado nos casos em que: o beneficiado seja definitivamente condenado por crime doloso; não pague a pena de multa; ou descumpra as condições impostas pelo magistrado.

Com o fim do prazo de suspensão e mediante o cumprimento das condições o condenado obtém a extinção de sua pena.

condicional será computado ou não como pena já cumprida, consoante a subsunção do caso concreto ao disposto no artigo 88 do Código penal¹⁰⁸.

Dessarte, o cálculo da prescrição, nessa hipótese, será contado com base na pena total ou na reprimenda remanescente, utilizando-se como termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão que revogou o benefício.

Por último, o inciso II do artigo 112 do Código Penal¹⁰⁹ se refere ao “dia que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se a pena”.

Nas lições de Cleber Masson¹¹⁰, o dispositivo abrange duas situações: a primeira é a do condenado, que foge do regime fechado ou regime semiaberto, ou abandona o cumprimento de sua pena no regime aberto, ou não cumpre as penas restritivas de direitos que lhe foram impostas, de modo que, nessas situações, a prescrição começa a contar no momento da evasão, do abandono ou do descumprimento das medidas impostas.

A segunda hipótese, é o caso de superveniência de doença mental. Hipótese na qual se interrompe a execução da reprimenda. De mais a mais, ocorrendo a hipótese do artigo 41 do Código penal,¹¹¹ o período de interrupção deve ser computado como pena cumprida, haja vista a necessidade de transferência do reeducando para o estabelecimento hospitalar pertinente à sua condição atual, devido à superveniência de doença mental.

3.2. Questões controvertidas

Abordou-se até agora, todas as situações em que ocorre o termo inicial da prescrição da pretensão executória, inclusive de forma breve, a disposta na primeira parte do artigo 112, inciso I, do Código Penal.¹¹²

Conforme disposto do aludido dispositivo, a prescrição da pretensão executória da pena começa a correr a partir do dia em que a ação penal transita em julgado para a acusação, isso significa que não cabe mais o manejo de qualquer recurso, seja pelo Ministério Público nas ações

¹⁰⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 07.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ MASSON, *op. cit.*, p. 645.

¹¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 07. Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

¹¹² *Ibid.*

penais públicas ou pública condicionadas à representação do ofendido, ou pelo querelante, nas ações penais privadas.

É de suma importância para a compreensão do debate do presente trabalho, que neste momento, ainda é plenamente possível a interposição do recurso por parte da defesa, ou seja, a defesa ainda possui todas as prerrogativas inerentes à situação do réu.

Mesmo não restando para a acusação qualquer poder de agir, a defesa ainda pode buscar a absolvição do acusado, a melhoria da pena aplicada pelo juízo *a quo*, postulando pela exclusão de uma qualificadora, pelo reconhecimento de uma circunstância atenuante, a melhoria do regime fixado ou até mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Ainda, o manejo de recurso por parte da defesa, por mais que devolva à matéria para análise do Tribunal, a situação do réu jamais poderá ser agravada, apenas mantida ou melhorada.

De forma clara, no entanto comportando insatisfações, o legislador optou por eleger esse momento como a data em que começa o lapso temporal para o ente público executar seus decretos condenatórios em matéria penal.

Antes da reforma do código penal, que ocorrera em 1984, o referido diploma previa que o termo inicial seria a data em que houve o trânsito em julgado, o qual somente acontece quando não cabe para nenhuma das partes, seja a defesa ou acusação, a interposição de qualquer espécie de recurso

Desse modo, a primeira interpretação era a de que, não podendo mais nem a acusação nem a defesa se irredimirem pela via recursal, iniciar-se-ia o prazo da prescrição da pretensão executória.

Fato é que, a redação atual do artigo 112, inciso I do Código Penal Brasileiro¹¹³ nada mais é do que um fruto de uma interpretação judicial que acabou, posteriormente, sendo positivada no texto legal através de alteração do poder legislativo.

Para uma melhor compreensão da evolução do instituto, é de suma importância que se analise a progressão histórica da execução provisória da pena.

Ante a vigência da Constituição Federal de 1967¹¹⁴ o antigo artigo 594 do código de processo penal, que fora alterado pela Lei nº5.941/73 e posteriormente revogado pela Lei nº 11.719/08, previa que: “ o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1967*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.¹¹⁵

Em perfeita consonância com o entendimento acima, era previsto também, no artigo 595 (revogado pela Lei nº 12.403/2011¹¹⁶) do Código do de Processo penal a seguinte redação: “Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

Em suma, a previsão que se tinha, era que a condição de recorribilidade para o réu era que o mesmo se submetesse à prisão, salvo as exceções previstas no revogado artigo 594 do Código de processo penal.

Diante desse cenário, não se discutia sobre a prescrição da pretensão executória pois, como o acusado já estava recolhido ao cárcere, e logicamente, cumprindo sua reprimenda. Ainda, o trânsito em julgado dependeria do julgamento do recurso da acusação ou da defesa, se fossem interportos.

Com base nessa situação fática, que a jurisprudência passou a se posicionar pela desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado para a defesa para o início da prescrição da pretensão executória da pena, ora, porque aguardar o trânsito em julgado, se o acusado já se submetera ao recolhimento prisional?

Após esse entendimento da jurisprudência, o Congresso Nacional positivou tal alteração no Código Penal através da Lei nº 7.209 de 1984¹¹⁷.

De acordo com esse cenário, justa foi a interpretação jurisprudencial da época, acompanhada da alteração legislativa, pois na situação de alguém que não precisava iniciar o cumprimento de sua pena para recorrer porque se encontrava dentro das exceções do antigo artigo 594 do Código de processo penal, e possuísse interesse em ser beneficiado pela prescrição da pretensão executória, não seria interessante a interposição de eventual recurso, o que postergaria o termo inicial prescricional, era uma previsão legal que desestimulava a interposição de recursos por parte da defesa.

¹¹⁵ BRASIL. *Lei nº 11.719*, 20 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

¹¹⁶ BRASIL. *Lei nº 12.403*, 04 de maio de 2011. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

¹¹⁷ BRASIL. *Lei nº 7.209*, 11 de julho de 1984. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

Com o objetivo de superar tal desarmonia, a jurisprudência e o poder legislativo alteraram a tese, e desde então, a prescrição da pretensão executória da pena necessita para o seu deslinde, tão somente o trânsito em julgado para a acusação.

Porém toda a situação fática que estimulou tanto o entendimento o novo entendimento jurisprudencial quanto a posterior mudança legislativa, se alterou.

No ano de 2008, com o advento da Lei nº11.719¹¹⁸ o artigo 594 do Código de Processo penal foi revogado, o que provocou uma grande alteração no que tange aos recursos na esfera processual penal, e repercutindo em diversos outros institutos processuais e penais, como o da prescrição da pretensão executória da pena.

O debate inicialmente travado que corroborou com a discussão do presente trabalho, foi acerca da possibilidade de execução provisória da pena, questionou se seria necessário ou não o trânsito em julgado da decisão condenatória para que o condenado em instâncias inferiores pudesse começar o início do cumprimento da reprimenda concretamente aplicada.

O marco interpretativo da presente discussão se deu quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº84.078/MG, entendeu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.¹¹⁹

De modo a auxiliar o entendimento do debate, segue o inteiro teor da decisão¹²⁰:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer

¹¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 111.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84078_MG_1278968985412.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAR MMD5JEAO67SMCVA&Expires=1661279729&Signature=czMkTL6GtUuJqwVfyRBOG6TZX%2Fs%3D> acesso em: 23 ago. 2022.

¹²⁰ *Ibid.*

contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Com a mudança legislativa e suas implicações provocada pela Lei nº719/2008 ¹²¹e pela tese do *Habeas Corpus* acima citado, as mudanças feitas tanto pela jurisprudência quanto pelo legislador em 1984, perderam sua essência, pois diante desse novo cenário, o qual impossibilita a execução provisória da pena, permitir que a execução provisória da pena tenha como marco inicial o trânsito em julgado para a acusação acarreta novamente a deturpação do instituto.

Mesmo após tais considerações, o artigo 112, I do Código Penal ¹²²continua vigente, e diante de todas essas mudanças acima expostas, salvo irrelevantes exceções, a reprimenda Estatal somente poderá começar a ser executada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 111.

¹²² BRASIL, *op. cit.*, nota 07.

Tal afirmação significa que mesmo antes de transitar em julgado, sem o acusado ser submetido à recolhimento prisional e a defesa ainda podendo interpor diversos recursos, a prescrição da execução da pena começará a correr em favor do réu.

Existem diversos argumentos que embasam a tese da inconstitucionalidade da redação do artigo 112, I do Código Penal. como já apontado em outro capítulo, a violação do princípio da *Actio Nata*, pilar fundamental do instituto geral da prescrição no ordenamento jurídico, a vedação da proteção deficiente, do devido processo legal e da isonomia das partes.

Segue abaixo, a posição do ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no RE nº 696. 533, ao não admitir o decurso do prazo prescricional da pretensão executória da pena, durante o período em que o Supremo Tribunal Federal não permitia (atualmente também não permite) a execução provisória da pena, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FORO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DEMAIS TESES RECURSAIS REJEITADAS. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA. I. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA 1. A prescrição da pretensão executória pressupõe a inércia do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontrava impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena, não há falar-se em inércia do titular da pretensão executória. 2. O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva. 3. A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias, como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal. 4. Desse modo, se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não há falar-se em prescrição da pretensão executória...”¹²³

Logo, diante novamente de um contexto desproporcional, admitir que a prescrição da pretensão executória possa fluir antes do Ministério Público, possa ter a capacidade de postular a execução da condenação fere de forma drástica a ideia de prescrição, que repousa sobre a inércia do titular do direito.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 696.533. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>> .Acesso em: 23 ago. 2022.

Como demonstrado, o novo cenário que se encontra o instituto não permite sequer falar em inércia, pois o Estado está legalmente impedido de exercer seu poder-dever, que é a postulação da execução da condenação.

Viola-se o princípio da proporcionalidade pois a redação do dispositivo por permitir múltiplos atos ainda da defesa, sejam eles protelatórios ou não, pode acarretar uma proteção jurídica deficiente ao *jus puniendi* estatal.

É importante lembrar que em que pese se trate de um poder do Estado, este representa a coletividade como um todo, ou seja, diante de uma disparidade de armas, entre o acusado em o interesse coletivo representado pelo Estado.

Essa decisão sobre a inconstitucionalidade da execução da execução provisória da pena do Supremo Tribunal Federal em 2008 causou toda essa insatisfação por parte da doutrina, gerando todos esses argumentos e considerações, que, no entanto, devido a mudança de entendimento da Suprema Corte, restaram prejudicados.

No ano de 2016, mudando de maneira abrupta o seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal, passou a entender pela possibilidade da execução provisória da pena quando restar decidido em 2ª instância, ou seja, o acórdão condenatório, proferido em grau de apelação era suficiente para permitir a execução provisória da pena, e isto não violaria o princípio da presunção de inocência.¹²⁴

¹²⁴ 7 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição,

O inovador entendimento o Supremo Tribunal Federal, de maneira reflexa, impactou de modo a tornar a interpretação da pretensão executória da pena parcialmente justa em relação ao que se tinha em momento imediatamente anterior.

Saiu de um cenário no qual o trânsito em julgado somente para a acusação permitia o início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena, devendo a acusação aguardar todo o deslinde do processo até seu integral trânsito em julgado para poder requerer a execução da condenação, para um novo contexto fático, o qual, em que pese o termo inicial da pretensão executória da pena já comece com o trânsito em julgado para a acusação, a decisão do acórdão condenatório, ou seja, antes de transitar em julgado, mas posterior à decisão do juiz de primeiro grau já permitiria que o órgão acusador postulasse pelo início do cumprimento da pena.

Logo, após essa decisão da Suprema Corte em 2016, a acusação não precisou mais aguardar o esgotamento das vias extraordinárias, permitindo assim um deslinde mais rápido do processo e a menor possibilidade da prescrição da execução.

Entretanto, ainda sob essa ótica menos conflituosa, remanesce a ofensa ao princípio da *actio nata* discutida no capítulo dois da presente pesquisa. Pois mesmo com essa mudança de entendimento no ano de 2016, o prazo prescricional da execução da pena continuou da mesma forma, começando a contar mesmo sem o Estado poder agir.

Para a surpresa de alguns, de outros nem tanto, no dia 12 de novembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal publicou os acórdãos das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, na qual o julgamento em conjunto encerrado em novembro de 2019 definiu a proibição da prisão logo após a condenação em segunda instância.

Desta forma, após o julgamento dessas ações, volta-se à situação inicial tratada no presente capítulo. Desde 2020 até a presente data, não é mais possível a prisão nem em segunda instância, somente após a sentença transitada em julgado.

investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 126.292*. Ministro: Relator Teori Zavascki. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

Não é o objetivo da presente pesquisa se debruçar diante de tal assunto específico, a constitucionalidade ou não de tal decisão, se está ou não em consonância com os mandamentos da Constituição Federal. Fato é, que tal entendimento causa reflexos no tema aqui principal debatido, a prescrição da pretensão da execução da pena.

Salvo em hipóteses excepcionalíssimas, como a condenação no júri de pena de reclusão acima de 15 anos, o réu não poderá ser recolhido a prisão, e enquanto houver recurso a ser julgado, sua condenação não transitará em julgado, não havendo que se falar em prescrição da pena.

No referido julgamento, as decisões de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, totalizaram mais de 480 páginas. Na ocasião, seu voto contra a prisão em segunda instância foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Rosa weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que garantiram o placar de seis a cinco.

As ações diretas de constitucionalidade visavam examinar a constitucionalidade do artigo 283 Código de processo penal, que estabelece o trânsito em julgado da sentença como exigência para prisão.¹²⁵

Ainda, permanece a redação do artigo 112, I do Código Penal, ou seja, se a acusação não interpuser recursos, mas a defesa sim, seja ele uma apelação ou um recurso especial ou extraordinário, ao transitar em julgado para a acusação, iniciar-se-á o prazo prescricional para o Estado executar a pena.

Por mais que a corte tenha se manifestado, agora, contra a execução provisória da pena, a discussão sobre a pretensão da prescrição executória da pena só restou mais acirrada.

Assim, em que pesem os precedentes anteriores ao julgamento das ações diretas de constitucionalidade 43, 44 e 54, se o Supremo Tribunal Federal não mais permite a execução após a decisão do colegiado, evidentemente o prazo de prescrição não pode começar a correr, sob pena de contradição lógica do sistema constitucional, bem como da violação do princípio da *Actio nata*.

Além da posição do ministro Luís Roberto Barroso no seu voto no RE696.533 já mencionado neste capítulo, existem outros precedentes do Supremo Tribunal Federal em outros temas que levam a mesma solução, a vedação do início do prazo prescricional antes que o evento se completasse.

A exemplo da hipótese citada acima, no caso dos crimes contra a ordem tributária, restou inclusive consolidada na súmula vinculante 24, que não há tipificação de crime material contra a

¹²⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 07.

ordem tributária, antes do lançamento definitivo do tributo, logo, a prescrição também não se inicia¹²⁶.

A suprema corte, em relação ao antigo sistema de imunidade parlamentar, anterior a Emenda Constitucional 35 de 2001 e após a Emenda Constitucional 22 de 1982, exigiu da corte a mesma interpretação sistemática¹²⁷:

resolvendo questão de ordem e interpretando o parágrafo 2º do artigo 53 da Constituição Federal, em considerar, como termo inicial da suspensão do curso do prazo prescricional, a data do despacho do relator solicitando autorização à Câmara dos Deputados para o processo-crime contra o parlamentar, e, por unanimidade de votos, em considerar apenas alterado o fundamento da suspensão, se a licença for indeferida pela Câmara. (INQ 457-QO, plenário, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 10 de fevereiro de 1993)

No julgado supra, além da corte reconhecer que a suspensão do prazo prescricional se dava desde a solicitação da licença ao parlamento, o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior a constituição federal de 1988, como se vê pelo trecho do voto do ministro Paulo Brossard:

Muito antes de a Constituição haver enunciado a norma segundo a qual "o indeferimento do pedido ou a ausência da deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato", parágrafo 2º do artigo 53, a doutrina já fixara esse entendimento, que poderia ser assim expresso: não ocorre nem pode correr a prescrição se existe impedimento legal que obste o início ou a continuação do processo penal contra parlamentar, custodiado pela prerrogativa da imunidade.¹²⁸

Por último, recentemente a mesma corte voltou a empregar a mesma técnica, quando aplicada a suspensão dos processos para os casos de reconhecimento repercussão geral em recursos extraordinários em matéria penal, o plenário da corte, determinou a suspensão do curso do prazo prescricional, mesmo sem previsão, mas por questão estrita de harmonia constitucional.¹²⁹

Logo, atualmente verifica-se um verdadeiro entrave jurídico penal de alta complexidade, pois, em regra o ordenamento jurídico deve garantir a coexistência de garantias tanto da sociedade quanto para o réu, no entanto, hoje, o poder punitivo do Estado se depara com desproporcionalidades sem seu desfavor.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº24*. Disponível em:< <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 457*. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80569>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 966.177RG-Qo/RS*. Ministro: Relator: Luiz Fux. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863295515/questao-de-ordem-na-repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-qo-re-966177-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-863295525>>. Acesso em: 14 set. 2022.

Como já informado, a discussão do presente trabalho não paira sobre a execução provisória da pena, mas é de suma importância sua compreensão bem como as consequências da alteração do seu modo de aplicação no sistema jurídico como um todo.

No âmbito do Superior Tribunal de justiça, seu entendimento é pacífico quanto ao escrito literal do artigo 112, I do Código penal. ou seja, pouco importa se transitou em julgado ou não para ambas as partes do processo, o prazo da pretensão executória da pena começa a fluir quando transita em julgado para a acusação.

Estão em conformidade a Quinta e a Sexta Turma do Superior Tribunal, as quais, integram a Terceira Seção, são responsáveis pelos julgamentos quase de maneira absoluta, de matéria penal quando submetidos à Corte.

Corroborando com a afirmação acima, um trecho dos acórdãos da Quinta e da Sexta turma respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOENÇA MENTAL POSTERIOR AO FATO CRIMINOSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA. PENA RECLUSIVA AFASTADA EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PROIBIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. PRAZO PRESCRICIONAL AFERIDO PELA REPRIMENDA APLICADA AO RÉU. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO. AGRAVO PROVIDO. 1. "A prescrição nos casos de sentença absolutória imprópria é regulada pela pena máxima abstratamente cominada ao delito. Precedentes." (AgRg no REsp 1656154/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 31/5/2017). 2. 63 Embora a superveniência de doença mental do réu permita a conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, nos termos do art. 41 do Código Penal, não se pode afirmar que tal substituição alteraria a natureza do título condenatório. 3. Por outro lado, não poderia a Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, cassar a condenação imposta ao paciente e modificar a natureza do título judicial (aplicação de medida de segurança), a pretexto de que a exclusão da pena seria favorável ao paciente. Proibição de reformatio in pejus. 4. Conforme entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, a teor do art. 112, I, do Código Penal. Precedentes. 5. Agravo regimental provido para reconhecer a prescrição da pretensão executória da pena nos autos da Apelação Criminal n. 990.08.147507-3. (BRASIL 2019a).¹³⁰

Percebe-se que o diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça rechaça de maneira unânime a e tese de que o prazo prescricional de pretensão executória da pena deveria começar a fluir quando o processo transitasse em julgado para ambas as partes.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 197.9945/SP*. Ministro: Relator Joel Ilan Paciornik. Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1385550234/recurso-especial-resp-1979945-sp-2022-0012893-5/decisao-monocratica-1385550246>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 109 E 180 DO CP. DELITO DE RECEPÇÃO. CONCURSO MATERIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E EXECUTÓRIA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NO CASO DE CONCURSO DE CRIMES, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INCIDIRÁ SOBRE A PENA DE CADA UM, ISOLADAMENTE. OCORRÊNCIA. 1. À luz do Código de Processo Penal, em seu art. 61, o Magistrado está autorizado a reconhecer de ofício a extinção da punibilidade, in verbis: em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício. 2. Nos termos do art. 112, I, do Código Penal, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes, prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado (EDcl no AgRg no AREsp n. 586.084/RJ, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 25/9/2018). 3. O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou do acórdão condenatório, o que for prolatado em primeiro lugar. O acórdão que apenas confirma a sentença de primeiro grau, sem decretar nova condenação por crime diverso, não configura marco interruptivo da prescrição. 4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido¹³¹.

Conforme o Superior Tribunal, a execução provisória da pena não possui qualquer influência na discussão em questão.

Como exposto nos trechos dos acórdãos, os argumentos pairam sob o fato de não haver previsão legal para o aguardo do trânsito em julgado para a as duas partes do processo, como também pela impossibilidade de realizar uma interpretação para sanar o a desarmonia de maneira prejudicial ao réu.

Voltando ao Supremo Tribunal Federal, o tema sobre a prescrição da pretensão executória da pena foi levado poucas vezes a debate, não encontrando precedentes na Segunda Turma da Corte.

No entanto, a Primeira Turma que se manifestou, no Recurso Especial nº696.533/SC-Caso João Rodrigues, posição na qual possui mais probabilidade de ser adotada pelo plenário, haja vista ser única encontrada na pesquisa do Tribunal.

Para a melhor compreensão da trajetória do tema na Corte Suprema, utilizar-se-á o caso “João Rodrigues” apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

O réu João Rodrigues se tratava de um Deputado Federal que foi condenado às penas de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, sua conduta foi tipificada nos moldes do artigo 89 da Lei nº 8666/93 como também pelo delito constante no artigo 90 da Lei de licitações.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg. nº 1.706.916/MG*. Ministro: Relator Sebastião Reis Junior. Disponível <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673592107/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1706916-mg-2017-0281692-0>. Acesso em: 23 ago. 2022.

Em suma, o Ministério Público Federal não recorreu, e a defesa interpôs diversos recursos com de rediscutir a questão e protelar o trânsito em julgado da ação penal.

Com o trânsito em julgado para a acusação, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, teve-se por iniciado o curso da pretensão de prescrição executória da pena, a qual extinguiria a punibilidade do acusado João Rodrigues caso não se iniciasse a execução da pena nos primeiros meses do ano de 2018.

A Suprema corte divergiu da linha de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, e por verificar que o Estado não possuía ainda a possibilidade de executar a pena já imposta, entendeu que ainda não havia iniciado o prazo da pretensão executória da pena.

Conforme o apontado, segue a ementa do julgamento do Recurso Especial nº 696.533/SC:

RECURSO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FORO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DEMAIS TESES RECURSAIS REJEITADAS. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA. I. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA 1. A prescrição da pretensão executória pressupõe a inércia do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontrava impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena, não há falar-se em inércia do titular da pretensão executória. 2. O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva. 3. A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias, como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal. 4. Desse modo, se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não há falar-se em prescrição da pretensão executória. [...] 8. Recurso especial não conhecido. Determinação de imediata execução da pena imposta pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a quem delegada a execução da pena. Expedição de mandado de prisão¹³²

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso “A presente hipótese é, no mínimo, inusitada. Por força da regra da prerrogativa de foro, o Supremo Tribunal Federal está julgando um recurso especial interposto por um Deputado Federal em razão da prática de crimes previstos na Lei de Licitações, cometidos à época em que era prefeito do Município de Pinhalzinho/SC. E só o está julgando porque o recorrente, Deputado Federal, tomou posse no cargo após a interposição deste recurso”¹³³

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rest. N° 696.533/SC*. Ministro: Relator Luiz Fux. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 14 set. 2022.

¹³³ *Ibid.*

Portanto, ao analisar o mérito da demanda, no que tange à prescrição da pretensão executória, entendeu-se pela sua não ocorrência, pois conforme o entendimento da Corte, esse prazo nem se iniciou.

Contrariando o postulado pela defesa, conferiu-se ao artigo 112, I do Código Penal, uma interpretação sistemática. A Suprema Corte entendeu que a prescrição da condenação tem como termo inicial o trânsito em julgado para as duas partes.

É de suma importância ressaltar, que embora tenha definido como márcio inicial da prescrição da condenação o trânsito em julgado para ambas as partes, a Suprema corte não bateu o martelo quanto ao assunto.

A própria ementa do julgado consignou que o entendimento assim se deu devido às peculiaridades do caso concreto e, principalmente, devido á impossibilidade de se cumprir de modo provisório a condenação.

Ora, em que pese de maneira peculiar, e em um caso isolado, parece que o atual cenário jurídico penal se amolda perfeitamente nessa hipótese agora apresentada, já que atualmente não é possível o cumprimento provisório da pena e a redação do artigo 112, I, do Código Penal prevê pela contagem já do prazo de sua prescrição sem transitar em julgado para ambas as partes.

3.3 Expectativas futuras quanto ao tema

No presente ponto do trabalho, analisar-se-á a existência de possibilidade de debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal que objetive definir a questão, como também sobre a perspectiva de sobrevir uma lei que busque alterar a atual redação do artigo 112, I, do Código Penal.

Quanto à primeira hipótese, o Supremo Tribunal Federal no dia 12 de dezembro de 2014, reconheceu a existência de repercussão geral do tema. Nesse sentido, passou para análise do Plenário da Corte o ARE nº 88107/DF.¹³⁴

O processo foi ajuizado na Corte pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para questionar acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reconheceu como marco inicial da contagem do prazo o trânsito em julgado para a acusação, com base no que prevê o artigo

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 848107/DF*. Ministro: Relator Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4661629&numeroProcesso=848107&classeProcesso=ARE&numeroTema=788>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

112 (inciso I) do Código Penal. O MPDFT entende que, com base na presunção da inocência, é impossível a execução da sentença penal condenatória antes do seu definitivo trânsito em julgado, por respeito aos princípios constitucionais previstos no artigo 5º (incisos II e LVII) da Constituição Federal.

A procuradoria Geral da República, em parecer pugnou pelo acolhimento do recurso ministerial, entendendo que seja considerado o trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória como marco inicial do início da contagem da prescrição da condenação.

Percebe-se que a submissão do tema à sistemática da repercussão geral, assim como a manifestação da PGR, é anterior ao ano de 2016, no qual o STF alterou radicalmente seu posicionamento acerca da possibilidade de execução provisória da pena, o que, conforme já analisado, impacta profundamente a prescrição da pretensão executória.

O tema nº788 que será discutido pela Suprema Corte questiona se o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado somente para a acusação, como prevê a literalidade do artigo 112, I do Código penal ou se é o trânsito em julgado para ambas as partes como previa o Código Penal antes da alteração de 1984.

Recentemente, mais precisamente no dia 24 de março de 2022, houve a leitura do relatório e foram prestadas as sustentações orais e as manifestações do PGR sobre a matéria.

Na referida data, o plenário do Supremo Tribunal Federal começou a discutir o momento em que se inicia a contagem do prazo de prescrição quanto ao poder do Estado de executar a pena.

Em sucinto relatório, o Ministro Relator Dias Toffoli, lembrou o conteúdo do recurso, como já exposto acima.

No mesmo contexto, os representantes das defensorias públicas da União, do Distrito Federal e do Rio de Janeiro, manifestaram-se pelo desprovimento do recurso, sob o argumento de que não seria a via adequada para se questionar a aplicação dessa regra. Segundo eles, em conformidade com o que entende o Superior Tribunal de Justiça, a alteração deve ser feita pelo poder legislativo, que em que pese tenha tido diversas oportunidades para fazê-las, não o fez.

Invocam o princípio da legalidade estrita em matéria penal, ou seja, a literalidade do disposto no art. 112 do Código Penal reformado em 1984.

O procurador-geral da República, Augusto Aras, como já informado, divergiu das defensorias, sob o argumento de que a interpretação do dispositivo do Código Penal deve consagrar o princípio da presunção de inocência, para fixar como termo inicial da contagem do prazo

prescricional da pretensão executória do Estado a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes.

De acordo com o exposto pelo Procurador, a aplicação literal do dispositivo penal atinge as vítimas da criminalidade e toda a sociedade brasileira. acrescentou, que uma das consequências mais gravosas talvez seja a impunidade, partindo do pressuposto de que o indivíduo já respondeu um processo, foi condenado, e ainda assim não cumprirá a pena em razão da demora do sistema o que gera uma injustiça para a vítima e seus familiares.

O relator da Repercussão geral, o Ministro Dias Toffoli apresentou a tese de repercussão geral, mas ainda não expôs seu voto completo. No entanto, através do pequeno trecho já esboçado em seu voto, percebe-se que inclina-se para o entendimento de que a prescrição da pretensão executória da pena deva começar a partir do trânsito em julgado para ambas as partes:

O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.¹³⁵

Portanto, ainda é precoce afirmar qual será a posição a ser tomada pela corte, haja vista, até a presente data o que se tem é apenas o esboço do voto do ministro relator.

Os argumentos apresentados pelas partes do processo são estritamente pertinentes, porém o que se percebe, é a necessidade de uma harmonia do ordenamento jurídico que possibilite a paridade de armas tanto para a defesa quanto para à acusação.

No que tange à projetos de leis que buscam alterar o artigo 112, inciso I do Código penal, existem diversos deles tramitando no Congresso Nacional. Alguns deles, buscam essencialmente condicionar o termo inicial da prescrição da pretensão executória ao trânsito em julgado para ambas as partes do processo penal, que no caso em questão, caso aprovado, encerraria a presente discussão.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n°788*. Relator: Ministro: Dias Toffoli. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

A exemplo do agora exposto, o projeto de Lei nº658/2015, busca retornar à redação do artigo 112, I do Código Penal antes da reforma de 1984, ou seja, retirar do texto legal a expressão restritiva “para a acusação” o que tornaria a questão em debate pacificada.¹³⁶

Ainda que exista a possibilidade de algum projeto de lei seja sancionado e promulgado, dirimindo o debate, é de suma importância que o Supremo Tribunal Federal fixe a tese a ser aplicada até porque, caso haja a aprovação de eventual projeto de lei sobre o assunto, condicionando o trânsito em julgado definitivo do processo para início de contagem do prazo prescricional da execução da pena, se trataria de uma norma penal e prejudicial ao réu.

Sabe-se que esse tipo de norma não pode retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, é uma norma de direito material.

De mais a mais, por mais que seja de conhecimento do jurista o modelo de aplicação normativa nos moldes citados acima, a fixação da tese pela Suprema corte irá encerrar com qualquer discussão eventualmente suscitada, que já se prolonga há anos.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto, o trabalho apresentado teve como principal objetivo expor sobre a pretensão executória da pena e suas consequências e interpretativas no ordenamento jurídico, bem como seu histórico e a necessidade de que esse instituto esteja em harmonia com os demais preceitos penais e processuais penais devido às suas implicações no processo penal.

Foi analisado primordialmente o conceito de prescrição, como e quando ela acontece no direito como um todo e principalmente no direito penal. restou explicado que se trata de uma norma de direito material, contida no Código Penal e devido a isso sua valoração traz consequências peculiares, como a vedação de analogia *in malam partem* e também sua irretroatividade, salvo para beneficiar o réu.

Ainda, buscou-se compreender sua origem no direito, e sua relação com o princípio da *actio nata*. No referido capítulo, compreendeu-se que a prescrição possui seus pressupostos indispensáveis e que estes são intrínsecos ao seu acontecimento, permitindo a conclusão de que deve-se respeitá-lo, seja na sua aplicação para o direito civil, penal ou processual penal.

¹³⁶BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 658/2015*. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123416>>> . Acesso em: 24 ago. 2022.

Conforme as lições de diversos juristas citados no segundo capítulo, foi possível entender a interpretação que deve se dar para o referido instituto, que a prescrição é concebida como um ideal geral de direito, que se busca sancionar alguém por sua inércia quando esta poderia exercer legitimamente sua pretensão e não o fez.

Assim, o desrespeito desses pressupostos além de violar o princípio basilar da prescrição que é a *actio nata*, provoca severas consequências no processo, pois destoa a harmonia do ordenamento jurídico.

Foram também estudadas as razões que ensejaram as alterações do texto do artigo 112, inciso I do Código Penal com o intuito de permitir que o ordenamento jurídico vigente à época de tais alterações se encontrasse coeso. No entanto, devido às reformas e revogações posteriores de outros dispositivos acarretaram novamente a sua desarmonia.

A partir dessa compreensão, foi possível notar como o instituto da prescrição está inteiramente relacionado com diversos outros institutos penais e processuais penais, e a necessidade de uma coerência entre todos.

Foi abordado também outros assuntos, como a possibilidade ou não da prisão antes do trânsito em julgado da condenação fomenta a discussão sobre o presente tema. Por meio das decisões das Cortes Superiores foi demonstrado que quando suas teses fixadas foram pela vedação da prisão antes do trânsito em julgado, o debate ficou mais acentuado porque tal interpretação vai de encontro com o princípio da proporcionalidade ao permitir que a prescrição da pretensão executória da pena se inicie sem mesmo o Estado poder submeter o acusado à recolhimento prisional.

Ainda sobre o assunto da possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, devido à fixação da tese do Supremo Tribunal Federal no final do ano de 2019, pela vedação da prisão, a presente pesquisa se tornou ainda mais relevante, da mesma forma, a extrema necessidade de que a fixação da tese sobre a prescrição por parte do Supremo Tribunal de tornou.

Por meio na análise da jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, no terceiro capítulo a pesquisa demonstrou que o assunto é de grande importância, pois além de decisões peculiares de alguns casos diretamente ou indiretamente relacionados com o tema, o assunto por mais antigo que seja, atualmente encontra-se em sede de repercussão geral sob o nº788.

De forma clara, se percebe que devido ao todo exposto, a atual redação do artigo 112, I, do Código Penal se encontra em total desconformidade com todo o resto do referido código, com dispositivos do Código de Processo Penal, bem como com os entendimentos jurisprudenciais.

Permitir que a pretensão da prescrição executória da pena se inicie com o trânsito em julgado para a acusação, sem a inércia que é o pressuposto estabelecido pela Teoria da *Actio Nata* viola a própria teoria bem como acarreta a proteção deficiente.

Como atualmente o réu não é mais submetido ao recolhimento prisional após a condenação em primeira instância (como era antes de algumas reformas legislativas), não existe mais a razão da manutenção da presente redação do artigo 112, I do Código Penal.

É imperioso lembrar que tal dispositivo foi alterado em 1984 pelo fato de que naquela época o réu era submetido à prisão, salvo em exceções, para poder recorrer. Logo, fazia sentido o prazo da prescrição da pretensão executória começar a correr após o trânsito em julgado para a acusação pois o Estado já poderia legitimamente agir, executando a condenação, o que estava em perfeita consonância com o princípio da *Actio Nata* e demais preceitos fundamentais do direito.

Desta forma, a pesquisa atenta para a necessidade da fixação da tese por parte do Supremo Tribunal Federal como também, uma nova alteração legislativa para que o assunto se adeque novamente aos novos ditames penais e processuais atualmente vigentes.

Conclui-se, assim, que atualmente a forma de início de contagem da pretensão da prescrição punitiva se encontra injusta para o Estado, pois, como atualmente não é mais possível que o acusado se submeta à prisão, ao permitir que a contagem se dê com o trânsito em julgado para acusação, não resta qualquer ação estatal possível.

Nesse sentido, não há inércia estatal, há a possibilidade de interposição de diversos recursos por parte da acusação, o que é de extrema benesse para o acusado e prejudicial para a pretensão punitiva Estatal.

Imprescindível foi a tarefa de compreender os desdobramentos da prescrição, bem como as razões que levaram tanto à alteração de sua interpretação em contextos passados, bem como os motivos que levam à atual necessidade de uma readequação hermenêutica do tema. É certo que o estudo vai além do assunto e que sua compreensão está em evolução dado o tema ainda estar pendente de discussão no Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2022.

_____. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. *Código Penal do Império*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. *Consolidação das Leis Penais da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piraiibe, 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

_____. *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.
BRASIL. *Constituição Federal de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. *Lei de Segurança Nacional de 1983*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

_____. *Lei nº 11.719, 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11719.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 12.403, 04 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 7.209, 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.430%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201996.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legisla%C3%A7%C3>

%A3o%20tribut%C3%A1ria,consulta%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias >. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 658/2015*. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123416>>> acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 53.351*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449545434/recurso-especial-resp-1645343-pa-2016-0335525-0/decisao-monocratica-449545463>> Acesso em: 24 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag nº 1321967*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ (03.12.2010). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17596812/ag-1321967?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg. nº 1.706.916/MG*. Ministro: Relator Sebastião Reis Junior. Disponível <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673592107/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1706916-mg-2017-0281692-0>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 426.775/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1433108%2FSP&b=DTXT&p=true&tp=P>. Acesso em: 04 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 218388/DF*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21267843/habeas-corpus-hc-218388-df-2011-0218419-4-stj/inteiro-teor-21267844>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 254.080*. Relator Min. Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24546461/inteiro-teor-24546462>. Acesso em: 15 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 554161*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20554161>. Acesso em: 24 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.736.091/PE*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=paternidade+afetiva+danos>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 197.9945/SP*. Ministro: Relator Joel Ilan Paciornik. Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1385550234/recurso-especial-resp-1979945-sp-2022-0012893-5/decisao-monocratica-1385550246>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 89. 948/RS*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859610991/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-89948-rs-2017-0250085-0/inteiro-teor-859611001>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 220*. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula220.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sumula n° 278*. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus n° 126.292*. Ministro: Relator Teori Zavascki. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 23 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 457*. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80569>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 848107*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4661629&numeroProcesso=848107&classeProcesso=ARE&numeroTema=788#>>. Acesso em: 19 mai.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 848107/DF*. Ministro: Relator Dias Toffoli. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4661629&numeroProcesso=848107&classeProcesso=ARE&numeroTema=788>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n°788*. Relator: Ministro: Dias Toffoli. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ext. 689-4*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84078_MG_1278968985412.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1661279729&Signature=czMkTL6GtUuJqwVfyRBOG6TZX%2Fs%3D>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 460.971*. Relator: Ministro. Sepúlveda Pertence. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/proc_criminal/acordaos/RE_460971.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 696.533*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 966.177RG-Qo/RS*. Ministro: Relator: Luiz Fux. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863295515/questao-de-ordem-na>

repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-qo-re-966177-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-863295525>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rext. N° 696.533/SC*. Ministro: Relator Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 146*: A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2050>>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 604*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3591>>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n° 24*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T.3. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967.

BUSATTO, Leonardo Dumke, *A Lei de Improbidade Administrativa e o transcurso da prescrição: uma nova perspectiva à luz do princípio da actio nata*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57572/a-lei-de-improbidade-administrativa-e-o-transcurso-da-prescricao-uma-nova-perspectiva-a-luz-do-principio-da-actio-nata>> Acesso em: 30 mar. 2022.

_____. *O conhecimento da prática do ilícito como marco para a contagem do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/LeonardoBusatto_O_conhecimento_da_pratica_do_ilicito.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2022.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal- Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirantloblanchlibros, 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. Disponível em: <https://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-PRESCRICAO-EXTINTIVA_QUESTIONES-CONTROVERSAS-DIALOGOS-III.PDF> Acesso em: 05 fev. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FAARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, V. III, 1961.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.
HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992). In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 284- 311. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>. Acesso em: 30 mar. 2022.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 27. ed. rev. e. atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro: ou o jogo dos sete erros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 51, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

_____. *Prescrição: A identidade no tempo e a proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini, *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Método, 2020.

MATTOS FILHO, José Renato Oliva de. A analogia *in malam partem*. *Revista eletrônica da faculdade de direito de franca*. ISSN 1983-4225 – v.15, n.2, dez. 2020

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v. 11, jul/set. 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Prescrição em Matéria Criminal*. 2. ed. São Paulo: JHMizuno, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010.

PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito - Traduzido para o espanhol por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

SANTOS, Crhistiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. São Paulo: Elsevier, 2010.

TARDE, Gabriel de. *A opinião e as massas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

UNIESP. Teoria do Crime: *Tempo e Lugar*. Disponível em:> http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170721102126.pdf. Acesso em: 18 abr. 2022.